

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

MANUEL SERRANO RODRIGUEZ

Catedrático de Derecho Penal



LA INVESTIGACION CIENTIFICA
DEL HECHO PENAL

Discurso pronunciado en la solemne apertura
del Curso Académico 1965-1966



SALAMANCA

1965

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES
CIENTÍFICAS Y LINGÜÍSTICAS

LA INVESTIGACION CIENTÍFICA
DEL HECHO PENAL

Tratado de Derecho Penal
I. Parte General

Depósito Legal: S. 122 - 1965

Núm. Registro: S. 800 - 1965

GRÁFICAS CERVANTES, S. A.—RONDA SANCTI-SPÍRITUS, 9.—SALAMANCA

A mi mujer Josefina Alberca Bayón, y a nuestros primos Román Alberca Lorente, y a Gaspar Bayón Chacón, con toda devoción, admiración y cariño.

EL AUTOR

EXCMO. SR. RECTOR MAGNÍFICO DE LA UNIVERSIDAD.

EXCMAS. AUTORIDADES,

ALUMNOS y ALUMNAS DE ESTA UNIVERSIDAD.

SEÑORAS y SEÑORES.

Después de este saludo, permitidme que mis primeras palabras sean de recuerdo y presencia al ilustre hijo de Salamanca, el insigne maestro profesor D. Eugenio Cuello Calón. Discípulo directo de éste, como él a su vez lo fue del también gran maestro Dorado Montero, comprenderéis los vínculos que ya, antes de llegar a esta centenaria Universidad, me unían con Salamanca.

Mi recuerdo, también, a la primera Universidad en la que realicé mis primeras armas, Santiago de Compostela, y a todos mis compañeros de aquella inolvidable ciudad. Y ya también, en pocas palabras, pero llenas de todo cuanto yo puedo expresar, a mi Sevilla, y a todo aquel Claustro de profesores con los que conviví tantos años y de los cuales guardo el mejor recuerdo.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.

La razón de exponer los motivos, que a continuación aclaro, no supone una justificación a mis posibles errores en la exposición de este trabajo, ni a la lentitud y, en cierto modo, a la continuación de otros trabajos míos que, prácticamente terminados, por unas razones u otras están pendientes de publicación.

Cuando llegué a esta Universidad quedaba a mi voluntad exponer en el Paraninfo de la Universidad una lección magistral, y era libre de exponerla o no, por proceder de otras Universidades.

Sobre el tema que voy a desarrollar vengo trabajando desde hace años, habiendo publicado una primera parte sobre el mismo en "Ana-

les de la Universidad Hispalense¹. La continuación de este tema pudo ser en aquel instante, mi lección magistral. Mas, debido a mi traslado de la Universidad de Sevilla, quise revisar lo hecho o, mejor dicho, la continuación de este tema, ya prácticamente realizado, en sus dos partes que habían de seguir a la primera. Nuevos datos y nuevas consideraciones me hicieron dudar, no sólo de lo realizado en mi primera parte, sino de cuanto tenía para la segunda y tercera. Justifico esta posición porque el tema del *Tatbestand* es uno de los más debatidos en Derecho Penal y sobre el cual aún no se han puesto de acuerdo los penalistas. Y es lógico que sea así, porque constituye el núcleo central del Derecho Penal y del que irradia la totalidad de esta materia o, mejor dicho, en él está concentrado todo el Derecho Penal, porque deriva a la idea de tipo, y nosotros creemos, en opinión de algunos autores, que el tipo lo es todo.

Al saber la responsabilidad que caía sobre mí al hablar en este Paraninfo cargado de historia, por lo que en esta Universidad se enseñó, pero, más aún, por la presencia de todos mis compañeros, maestros de su ciencia y continuadores de aquel saber, quise pasar por alto esa lección magistral y confieso que lo hice precisamente por humildad y temor a mi propia responsabilidad más que por soberbia, ya que esta también influye muchas veces, con un temor distinto que se oculta bajo la humildad. Pero esto es hipocresía y conmigo no va esta palabra ni su contenido.

Quería dar las primicias de un trabajo que, por una parte, es continuación de aquél a que he hecho referencia y, por otra, no quería quitar estas primicias a la Revista de la Universidad Hispalense, ya que allí había empezado a publicarlo.

La desviación a otro tema, cuando se llevan muchos años trabajando sobre una orientación, hacía desviar mi esfuerzo. Por todas estas razones no pronuncié mi lección magistral.

Al indicarme este año el Rectorado que correspondía el discurso de apertura a la Facultad de Derecho, aun cuando podía eludir este trabajo por haberlo realizado en otra Universidad, y por haber, por otra parte, en nuestra Facultad compañeros más jóvenes y competentes sobre los que podía descargar este esfuerzo, me planteé como un honor y, a su vez, como una atención, que me merece la Universidad de Salamanca y su Claustro, el cargar sobre mis hombros el discurso de apertura.

¹ *Universalidad del Derecho y Unidad de la Ciencia*. Volumen 22. Año 1962.

Cambiar de tema en una labor investigadora es peligroso. Pero teniendo en cuenta el sentido de la unidad de la ciencia, del que yo hablo en todos mis trabajos y, por tanto, la mayor unidad de la propia ciencia que se cultiva, pensé que lo mejor era, y así lo hago, trabajar sobre el mismo punto en sus variaciones, o sea, como se dice en música: variaciones sobre el mismo tema.

Tengo entendido, o al menos así lo pienso yo, que la labor investigadora debe ser lenta y con escasas publicaciones. El trabajo de laboratorio, en todos sus aspectos, debe y puede ser de gran acumulación, de comprobación y de síntesis, llegando a conclusiones concretas. No debe juzgarse la publicación por su peso, sino por su contenido. Critico, por tanto, las valoraciones que se nos imponen por lo publicado o no publicado. La experiencia nos dice que, a veces, una minúscula publicación tiene un valor superior a un tratado, cuando éste supone la acumulación de notas o conclusiones establecidas por otros. No es este mi caso, que estoy seguro es reducido y deficiente.

A veces la necesidad de publicar, por varias razones, nos lleva a adelantar o cambiar de dirección en perjuicio de la investigación. Leyendo la vida de Freud, de Gerard Lauzun, medito las siguientes palabras: "En algunos años este estudiante a quien hemos visto inquieto, intentando encontrar su camino, pasando de la Fisiología a la Neuropatología, después a la Psicopatología, adquiriendo en todo una maestría insuficiente...".

Freud, del que haremos resaltar que quizá, precisamente por ese cambiar, sin encontrar aún todo lo somático como base de la enfermedad mental, "devolvió al ser humano su unidad y su integridad, restableció las conexiones entre el comportamiento evidente y los componentes ocultos del carácter y las actitudes", según dice el citado autor. Creemos que, como veremos más tarde, aun cuando fuese incompleta su preparación, la base en lo neurológico afianzó sus posibilidades sobre el psicoanálisis y, a la inversa, su deficiencia en la preparación le orientó en el sentido de encontrar un algo, en cierto modo, distinto a lo somático. Es suficiente pensar que en ciertas enfermedades mentales, aun hoy, se postula la base somática.

Lo dicho puede suponer, en quien lo lea, una paradoja, ya que sí, por un lado, se asegura que no debe cambiarse de tema, por otro, parece ser que dicho cambio, concretamente en el caso de Freud, le llevó al triunfo por otro camino. Mas, a poco que se medite, se verá que tenía una única orientación, si bien incompleta y, por esta razón, "en 1884 pone los fundamentos a lo que, con el tiempo, se convertirá en la teoría de las neuronas, pero no lo concluye". Y

añade el autor citado: "por no llevar sus investigaciones hasta el fin, la gloria de este descubrimiento se le escapa". Freud "nace de la necesidad" y él mismo confiesa: que nunca ha sido médico en el verdadero sentido de la palabra; que ha abandonado sus proyectos por obligación, y que su mayor triunfo es haber conseguido encontrar, tras largos rodeos, el camino que le llevó a su primera vocación; que no tuvo nunca interés ni deseos de curar a la humanidad doliente. Recordemos aquí a nuestro insigne Cajal que supo frenar sus inconmensurables posibilidades clínicas para continuar una labor investigadora que le llevó al triunfo de todos conocido.

He de aclarar los puntos anteriores. En primer lugar: Freud, si bien triunfó por un camino, no logra la meta que él se propuso por una necesidad, aun cuando descubre otros puntos importantes. La comparación resulta ridícula si nosotros, me refiero a mí concretamente, con la distancia tan extraordinaria respecto de esos hombres extraordinarios, tratamos de atropellar las cosas, publicando por publicar y sin meditación y reposo. Por esta razón no me atreví a pronunciar mi lección magistral y, aún hoy, no considero terminado este trabajo.

Por eso he dicho que parece una paradoja lo que exponemos del Dr. Freud, ya que, al abandonar un camino, consiguió un éxito. Pero si en él nos fijamos, teniendo en cuenta el estado actual de la psiquiatría moderna, sus caminos eran ciertos pero incompletos, porque empezó por lo anatómico o, mejor dicho, se concretó a lo histológico y así pasó de la histología a la neuropatología, entrando inmediatamente en el estudio de la neurosis.

Al presentar la ciencia como una totalidad, o unidad, desaparece ese sentido paradójico, en cuanto estoy convencido de que la amplia cultura, o sea, el estudio de otras ciencias aclara perfectamente la nuestra. Si ello es así, buscar los fundamentos de toda ciencia, incluso por necesidad, en las que se llaman ciencias auxiliares, elimina creer que nos desviamos de nuestro punto central, por ayudarnos de lo que es base esencial. Algunos autores afirman que dichas ciencias no son imprescindibles dentro del Derecho. Lo único que no puede hacerse es precipitar la exposición sin una base sólida en los conocimientos fundamentales. La prueba de lo que nosotros llamamos paradoja en Freud no fue ciertamente el cambio de tema, sino el no escalonar sus conocimientos y dar un poco el salto en el vacío al objeto de acortar distancias para el triunfo, precisamente, no basado en un triunfo espectacular, sino por una razón de amor, ya que deseaba casarse con la que fue su esposa.

LLAMADA A LOS CIENTÍFICOS DE OTRAS CIENCIAS.

He de hacer la consideración de que al final de este discurso se citan la mayoría de mis publicaciones porque, aparte de que todas llevan una unidad, dado lo reducido que tiene que ser un discurso, es necesario acudir a ellas para conocer mi pensamiento. Pensamiento que, por otra parte, responde a ir escalonando los conocimientos con base en otras ciencias.

Pero quiero brindar a los científicos, o a los que llamamos científicos, distinguiendo las carreras de ciencias y letras², este discurso para que a través de un jurista se comprenda todo el sentido de universidad que contiene la palabra Universidad.

En nuestra publicación "Universalidad del Derecho y Unidad de la Ciencia"³ decimos: "la idea de entidad y de ente dentro del orden jurídico, como en general dentro del orden de la vida, por estar la vida dentro del Derecho, en posición recíproca" nos aclara todo cuanto queremos decir.

Ya creo que podemos ir viendo, al referirnos a lo dicho anteriormente, cuanto queremos exponer en este discurso. En otro lugar del trabajo citado anteriormente, en relación a la elección de tema, precisamente por darle el carácter de universalidad que tiene el Derecho, —añado—: "por recoger precisamente todo por todas las especialidades de la ciencia y, por tanto, en el puro sentido universitario me apetecía traer a sus páginas un tema de carácter universal. Por un lado quería recoger como jurista todas las ciencias que están inmersas en el Derecho. De este modo he logrado dos cosas: por una parte, hacer honor a mis compañeros dedicándoles este discurso con el toque preciso de como ellos son, cada uno en su especialidad, los que llenan el contenido de nuestra disciplina. Por otra parte, demostrar que el Derecho no es como muchas veces se cree, incluso en los ambientes cultos y a veces especializados en otras materias, una serie de preceptos o de reglas vacías de contenido. Se me alcanza perfectamente que, cuando el hombre científico tropieza con lo jurídico, va descubriendo que dentro de las líneas del Derecho está la propia vida. Pero estoy convencido, por conversaciones con personas cultas, que no se comprende perfectamente su alcance. Cuando al desarrollar una conferencia jurídica, y más concretamente de Derecho Penal, se habla de muchos problemas científicos, de otras ciencias, como la química, la biología, etc., extraña a quienes no son peritos en la materia tales

² MANUEL SERRANO RODRÍGUEZ: *Ordenación Profesional de la Juventud.*

³ *Universalidad del Derecho y Unidad de la Ciencia.*



direcciones de jurista. Pero basta decir, para entenderlo, que el jurista ha de intuir todas las ciencias, porque tiene que aplicarlas".

Para aclarar esto, sin perjuicio de otras consideraciones, vamos a recurrir a la Ley Procesal, y al concepto de testigo, que no sólo abarca el testigo ocular presencial, sino el llamado con certeza testigo técnico, o sea, el perito.

Leemos en el art. 456 de la citada Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo siguiente: "El juez acordará el informe pericial cuando para conocer o apreciar algún hecho, o circunstancia importante en el sumario, fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos". Como nosotros tenemos recogido en nuestro trabajo sobre "Peritaje Médico",⁴ "la ley, remitiéndose al juez, no pretende otra cosa que seguir las leyes científicas del hecho, que habiendo sido investigado con antelación, nos ha dado una verdad relativa en relación al momento en que vivimos y, por eso, pretende que mediante tal método de investigación científica, por haberse descubierto sus leyes induciendo y deduciendo del mismo, nos dará por resultado la verdad querida por el juzgador a través de una prueba mediata: el examen pericial".

Hemos de observar que hay dos clases de testigos: El testigo presencial y el testigo técnico. No vamos a hablar aquí de otra clase de testigos; v. gr., el testigo por referencia, etc. Para que sea más preciso cuanto queremos decir debemos resaltar que todo jurista, en cualquiera de sus funciones, tiene que trabajar sobre el hecho, y si, precisamente, el jurista tiene que trabajar sobre los hechos, y éstos han de ser llevados a él por los testigos presenciales, y por los peritos o testigos técnicos, es evidente que sólo podemos ver lo que unos y otros nos dicen.

Insistimos en esto porque el juez, y el jurista en general, no sólo no es el testigo de los hechos ni el que provoca el problema judicial, sino son los que llevan a él el problema judicial para su resolución con sus alegaciones verdaderas o falsas y bajo un peritaje también esclarecedor de la verdad. Y queda a la conciencia del científico, concretamente del perito en general, asegurar la verdad en la medida de sus conocimientos, naturalmente, con todas las posibilidades de error. Pero es necesario fijar, de una vez para siempre, que a veces las imprecisiones resultantes de una sentencia judicial o, mejor

⁴ MANUEL SERRANO RODRIGUEZ: *Peritaje Médico Forense Penal*, visto por un Penalista. Publicaciones de la Escuela de Medicina Legal de la Universidad de Madrid. Facultad de Medicina. Curso de Neuropsiquiatría Forense y Criminología, 1954.

dicho, esas imprecisiones que son apreciadas en la calle, cuando principalmente se trata de una enfermedad mental, no responden a un saber del juez, sino a una imprecisión técnica del perito. Y al referirnos a esa imprecisión técnica, no queremos decir ocultación maliciosa de la verdad por parte del científico, ni tampoco ignorancia en el sentido del saber en ese momento sobre la ciencia, evolutiva, sino a veces la propia imprecisión de esa ciencia en el momento que estamos hablando.

Abundando en las razones por las que elegí este tema, sin desviarme del tema del *Tatbestand* y, a su vez, sin incluir repeticiones, salvo en lo esencial, he pensado tocar puntos que han de ser expuestos en la continuación del trabajo de referencia, o sea, "Universalidad del Derecho y Unidad de la Ciencia". La tesis doctoral, de Newin Tibaldi Pellegrini⁵, de la que fui miembro del tribunal juzgador y, sobre la cual, su autor me pide un prólogo, me hizo pensar en la posible unificación y aclaración del tema, principalmente ofreciéndoselo a los científicos, por plantearse la relación del tipo de delito con el tipo de autor, en un sentido que aclararemos, partiendo de la opinión de los autores sobre este punto y, principalmente, del trabajo de nuestro compañero Jaime Masaveu, si bien, en otro sentido⁶.

EL DOGMA SOBRE EL IMPUTABLE. DOGMA CIENTÍFICO.

La razón es clara y evidente: si la ley es un dogma que tipifica lo que debe ser antijurídico pero, a su vez, para que el delito sea delito se necesita que haya culpabilidad y, si el presupuesto de la misma es la imputabilidad, se va a ver inmediatamente, en orden a

⁵ *Responsabilidad y tratamiento penal del enfermo mental fronterizo.* Tesis doctoral, calificada con la máxima distinción. Este doctorando que realizó la tesis doctoral bajo la dirección del eminente profesor Antón Oneca, a quien tuve el honor de sustituir en su Cátedra, es uno de los alumnos más distinguidos que he tenido ocasión de tratar. Su inteligencia, laboriosidad y constancia le hacen digno de esta mención especial, como fue hecha por el Presidente del Tribunal juzgador de la tesis, asegurando que era uno de los alumnos más distinguidos que habían pasado por la Universidad de Salamanca. Igual afirmación hizo el profesor Antón Oneca, pudiendo por mi parte confirmarlo durante el período de tiempo, aproximadamente de un año, en que trabajó en el Seminario de Derecho Penal. En aquellos momentos de mi llegada también tuve el agrado de conocer a otro alumno alemán Walter Berning, de extraordinario valer, así como al hoy profesor adjunto de mi Cátedra Ruperto Núñez, perfecto conocedor del Derecho Penal y serio investigador del mismo. Los tres merecieron para mí en aquellos momentos, en los cuales establecí contacto con ellos, una alta estimación de los mismos.

⁶ También nos referiremos a un trabajo sobre normativismo y psicologismo en relación con el P. Pereda.

la interpretación, la necesidad de precisar a través del científico no sólo lo que la ley debe establecer como dogma partiendo de la naturaleza de las cosas, y a su vez ¿qué es lo dogmático en la aparente y necesaria no determinación, por parte de la ley, del concepto de sano o enfermo mental para poderle atribuir un hecho que, siendo de naturaleza antijurídica, no constituye delito? Porque, para entendernos y, teniendo en cuenta que este tema, si bien científico, es de vulgarización científica y con carácter de universalidad para todos los que cultiven distinta disciplina, hacemos la aclaración de que el art. 1.º del Código Penal define el delito y la falta del modo siguiente: "son delitos o faltas las acciones y omisiones voluntarias penadas por la ley". El concepto de culpabilidad no lo expresa el Código Penal, identificándose, como puede comprenderse, la voz voluntaria con la de culpabilidad. En el art. 381 de la Ley Procesal se dice: "Si el juez advirtiere en el procesado indicios de enajenación mental, le someterá inmediatamente a la observación de los médicos forenses en el establecimiento donde estuviere preso, o en otro público si fuere más a propósito, o si estuviese en libertad". Los médicos darán en tal caso su informe expresado en el capítulo 7.º del título correspondiente. En el art. 282 se dice: "Sin perjuicio de lo expuesto en el artículo anterior, el juez recibirá información acerca de la enajenación mental del procesado en la forma prevenida en el art. 380"; y en el art. 383 se dice: "Si la demencia sobreviniese después de cometido el delito, concluso que sea el sumario, se mandará archivar la causa por el Tribunal competente hasta que el procesado recobre la salud, disponiéndose además, respecto de éste, lo que el Código Penal prescribe para los que ejecuten el hecho en estado de demencia".

Vamos a ver qué dice el Código Penal en relación con esta remisión de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

En su art. 8, entre las causas de exención de responsabilidad criminal, nos dice, en su número 1.º, que están exentos de responsabilidad criminal: "el enajenado y el que se halla en situación de trastorno mental transitorio a no ser que éste haya sido buscado de propósito para delinquir". Y se añade en un segundo apartado del mismo número: "cuando el enajenado hubiere cometido un hecho que la ley sancionare como delito, el tribunal decretará su internamiento en uno de los establecimientos destinados a los enfermos de aquella clase, del cual no podrá salir sin previa autorización del Tribunal". De este artículo pasamos, como complemento, al art. 82 del citado Código Penal que dice: "cuando el delicto cayere en enajenación después de pronunciada sentencia firme, se suspenderá

la ejecución tan solo en cuanto a la pena personal, observándose en su caso lo establecido en el párrafo 2.º del art. 8º. En cualquier tiempo en que el delincuente recobraré el juicio, cumplirá la sentencia, a no ser que la pena hubiese prescrito con arreglo a lo que establece este Código. Se observarán también las disposiciones respectivas de esta sección cuando la enajenación sobreviniere hallándose el sentenciado cumpliendo la sentencia”.

Con la exposición de estos preceptos, basándome para el desarrollo de este trabajo en la acertada opinión de nuestro compañero Manuel Díaz y Díaz de que el tema más apropiado era, para un discurso de apertura, el de vulgarización científica, por eso, lo he elegido así. Quiero precisar, a través de dichos preceptos, lo que voy a estimar, o lo que se debe estimar, por dogma en la aparente y, a veces, real contradicción de lo que es dogma científico. Y así lo quiere la ley al no definir lo que es dogma legal, en contradicción con el problema científico. Por eso, precisamente, vamos a unificar el problema del tipo legal en relación con el tipo de autor, pero sólo en referencia a la culpabilidad, haciendo honor a las exposiciones de *lege ferenda* recogidas por Tibaldi.

Más adelante, al tratar problemas sobre la enfermedad, aclaramos (basándonos en la opinión de Dr. Díaz Rubio sobre enfermedad, en el amplio sentido de la Patología General) la idea que exponemos anteriormente, para concretarla en relación con la enfermedad mental, el *Tatbestand* y la idea de tipo de autor.

CIENCIAS PENALES Y DERECHO PENAL

Tenemos dicho en casi todos nuestros trabajos, partiendo de la idea inicial expuesta en uno de ellos⁷, refiriéndonos a la voluntad que como culpabilidad exige la ley, lo siguiente: “es decir, que ante el análisis de una posición en la cual se descarta la voluntad, en todo o en parte, elemento necesario para la existencia del delito, o sea de la culpabilidad, no se puede hablar de una voluntad abstracta. Esta la recoge la ley, es cierto, para aplicar una sanción pero, en la realidad concreta, esta misma ley parte de la realidad de la vida, en cuanto el Derecho es precisamente vida”⁸.

⁷ MANUEL SERRANO RODRÍGUEZ: *Ciencias Penales y Derecho Penal*. Revista de Estudios Jurídicos V. Fascículo de Derecho Penal, núm. 2. Instituto Franciso de Vitoria del Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Año III. Julio, 1943.

⁸ Marcamos aquí una referencia al *Tatbestand* en una determinada dirección sobre su carácter abstracto, vacío de contenido, y esperando ser llenado por la acción del autor con una culpabilidad para determinar una concordancia objetiva con la parte subjetiva.

En otro lugar, del mismo trabajo citado, decimos: "la voluntad es llevada a la ley por el jurista, pero no una voluntad como aparece ante los ojos de algunos, sino una voluntad real y, por eso, aún recogida en problemas de culpabilidad una atenuación o una agravación, por circunstancias anímicas del sujeto, por ejemplo, se llega a excluir el delito no ya por la carencia de culpabilidad ante un inimputable, sino ante un imputable en que por circunstancias de hecho o de momento se demuestra la no existencia de voluntad. Y lo diga el perito, o lo aprecie el juez, es algo que se observa en la propia individualidad del hombre, en cuanto, ante propias y verdaderas realidades objetivas, lo que en unos casos es, en otros deja de serlo".

Habíamos pensado dar el título de Dogma y Culpa a este trabajo, como decimos en otro lugar, explicando las razones por las cuales cambiamos de opinión, y hacer algunas aclaraciones sobre Política Criminal, Dogmática y Ciencia del Derecho Penal. Si bien aclaramos aquí la idea de dogmática, tanto en relación con la anti-juricidad como con la culpabilidad, para no hacer demasiado extenso este discurso, nos remitimos a otra de nuestras publicaciones "Dogmatismo y Culpabilidad"⁹, en donde ampliamente se precisan estos conceptos. No obstante, este discurso no pierde nada en su contenido.

Sin perjuicio de hacer algunas aclaraciones, no olvidemos, para continuar el hilo de este discurso, que el estudio de esa voluntad que la ley penal sustantiva no define, ni puede definir, nosotros la remitimos a la consulta del psicólogo o del psiquiatra, precisamente basándonos en que el conocimiento de tal situación de hecho corresponde a las llamadas ciencias extrapenales que algunos consideran metajurídicas¹⁰.

Pero hemos de observar que a través de los artículos citados, tanto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como del Código Penal, se establecen junto a la libertad de apreciación sobre la enajenación (libertad naturalmente científica y referida al médico) dos posiciones dogmáticas, a nuestro juicio anticientíficas, pero que es necesario cumplir. Me refiero al art. 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que comentaremos más adelante, en relación con otros preceptos del Código Penal. Lo comentaremos precisamente al tratar de la enfermedad mental, donde legalmente se establecen

⁹ *Derecho Penal. Dogmatismo y Culpabilidad*. Sevilla, 1962. Editor JAVIER SUÁREZ. Depósito Legal. S. E. 143. Abril, 1962.

¹⁰ *Ciencias Penales y Derecho Penal*. Citado.

unas disposiciones, a mi juicio, no muy científicas. De acuerdo en este aspecto, por mi parte, con lo que Tibaldi sienta como conclusiones en su citada tesis doctoral¹¹.

No obstante la referencia que hacemos a que este punto será tratado en otro lugar, señalamos lo siguiente: naturalmente que el art. 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al decir "que el procesado recobre la salud" supone que ha habido dictamen médico. Pero ¿es científico opinar así, o establecer tal precepto de modo absoluto, si partimos de que la enfermedad mental tiene un fondo somático y pudo ser enfermo antes de cometer el delito? ¿Es científico volver al condenado, "una vez restablecida la salud", a un régimen carcelario?

Mientras, muy cuerdamente, la ley exige como dogma la existencia de culpabilidad y deja su apreciación a la ciencia, incluyendo, como es natural, el estudio de la capacidad mental del autor para apreciar una voluntad libre, después, a mi juicio, entra equivocadamente en apreciaciones médicas. Pero, como dice mi ilustre amigo el profesor Legaz Lacambra, la ley es dogma mientras dure su vigencia.

Insistimos en que no hemos de hacer aquí repeticiones, en relación con lo ya dicho por mí en otros trabajos, y así sólo haremos referencia a ellos, y en este caso a Peritaje Médico¹², donde se habla de la averiguación del hecho con todas sus circunstancias y del dictamen pericial sobre el autor. Allí decimos, partiendo de la verdad material, o sea, del hecho (problema que aclara perfectamente el *Tatbestand*), que esa verdad no ha de venir de fuera, que se hace un trasplante a las normas procesales y que ello no es otra cosa que el procedimiento lógico derivado del hecho mismo, de la cosa misma, que nos dará la verdad. En ese informe pericial que se exige al Juez se ve cómo, a veces, surge una verdad relativa, precisamente en relación al momento en que vivimos y, por ello, también se pretende que mediante el método de investigación científica, por haber descubierto sus leyes, induciendo y deduciendo sobre el mismo, nos resulte la verdad querida por el juzgador a través de una prueba mediata: el examen pericial.

¹¹ Cuando hagamos referencia a la tesis doctoral de Tibaldi, advertimos que es el ejemplar que está en nuestro poder, uno de los presentados al Tribunal que juzgó dicha tesis. No corresponde por tanto a la publicación que se haga en un futuro.

¹² *Peritaje Médico Forense visto por un Penalista. Citado.*

Por eso decimos que nos vamos al técnico y que esta conferencia (nos referimos al trabajo citado) va dada a los científicos de otros campos, que parten del hecho mismo y del autor, o sea, "del acaecido" a probar para obtener de él una verdad, que puede quedar simplemente a ciegas, y no sea tal verdad, si no nos echamos en manos de quienes con conocimiento especializado pueden hallarla.

Todo esto está muy centrado en relación con el "Tatbestand", concretamente en relación con el hecho y el tipo de autor.

Sin extendernos tampoco en otras consideraciones referidas a dogmatismo y culpabilidad¹³, y haciendo consideración sobre Ciencia del Derecho Penal, Dogmática y Política Criminal, recordamos las palabras de Carone sobre cómo la política criminal es la ciencia matriz constituida por todas las ciencias que estudian el fenómeno de la criminalidad para determinar sus causas y sus remedios con el fin de evitar la delincuencia. Si la proyección de "lege lata" y "lege ferenda" se convierte en una unidad de la ciencia del Derecho Penal, la Dogmática y la Política Criminal nos hacen pensar cómo en el problema de la delincuencia entra el tipo antisocial en un sentido de estricta culpabilidad, aun cuando en un tratamiento penitenciario sea más extenso, y en otra dirección, en relación a la capacidad del autor. Ese tratamiento más extenso y científico a que se refiere Tibaldi, pero partiendo del hecho delictuoso¹⁴. No olvidemos todas las concepciones sobre enfermedad mental, como el trastorno orgánico funcional, el problema de la desviación del término medio, y otras consideraciones de mucho interés, principalmente, en relación con lo social, la idea de exigencia para determinar un problema de capacidad o normalidad.

Pero también es importante para hablar de este problema de lo antisocial, que luego trataremos, el sentido de forma o de los límites formales que, como dice Von Euxküll, tiene que poseer un poder ordenador respecto del elemento informe que entra en ellos, lo que nos va a dar muy clara la idea de forma sustancial, el sentido de la vida en el orden normal y la falta de sentido en el hombre anormal y, muchas veces, aun en el normal, el sentido consciente destructivo.

Dice el citado autor, que esas potencias ordenadoras vienen de arriba y que tenemos que someternos y articularnos en las formas sociales como la familia, la sociedad y el Estado, y que resulta que

¹³ *Dogmatismo y Culpabilidad*. Citado.

¹⁴ Lo delictuoso comprende ya cualquier acto que ataque a la libertad individual en cualquier forma en relación con la convivencia social.

ha podido descubrirse la presencia de formas análogas en el reino animal, lo que prueba que tales instancias y tales órdenes no son simplemente formas inventadas arbitrariamente por los hombres y mantenidas gracias a la coacción externa, y así, añade, las formas rígidas de ciertas especies de animales y afirma, como sabemos, "que ni si quiera los grandes rebaños son aglomeraciones casuales de individuos, sino configuraciones muy bien estructuradas con sus propias jerarquías sociales que imponen una situación determinada en el orden global a cada individuo que ingresa en la comunidad". Afianzando esta posición, y siguiendo sus palabras, nos habla en otra parte "de la hipótesis de un alma supraindividual", habiendo reunido un rico material de observación "de cómo en los vegetales existen complicadas formaciones que son perjudiciales para el mismo y útiles para un parásito".

Todo ello es muy interesante para considerar, a los efectos que luego estudiaremos, la diferencia entre enfermedad mental y concepto social del delito.

Después de lo dicho puede entenderse nuestro pensamiento. Se trata de establecer, con la mayor precisión posible, el dogma científico sobre el hecho a dilucidar, o sea, su relación causal y, a su vez, el dictamen del hombre normal o anormal en esa amplia libertad que deja la ley al perito. Pues si bien el juez tiene libertad para resolver según su conciencia, esa conciencia, como la del legislador, no son tan libres, ni aquél al aplicar la ley interpretándola, ni éste al dictarla, pues, antes al contrario, el legislador ha de basarse en la Política Criminal con fundamento científico y el juez en la prueba del perito. Ambos han recorrido el mismo camino, aun cuando sea inverso. La libertad de aplicar la ley, según su conciencia, se basará en lo alegado y probado, pero cuando esta prueba sea indubitable. Hay igualdad cuando no está clara la prueba del testigo presencial y, por tanto, cuando muchas veces, en una sentencia, aparece una imprecisión del juzgador se debe a la imprecisión de los que le informan, naturalmente, imprecisión que no quiere decir error malicioso, ni por parte del técnico, ni por parte del testigo, pues sabemos que el primero tiene un límite en su saber y el segundo vive de distinto modo la vivencia, según determinado momento. Aun varios hombres que presencien un hecho lo relatan de distinto modo, y hasta el tiempo hace que cambie el propio relato.

Basándonos, como vamos a ver después, en que un psicologismo puro jamás existió, pero ante la imposibilidad de negar el valor de lo psicológico, ya que caería por su base el Derecho Penal, de lo que se trata, después de lo expuesto sobre enfermedad y criterio de

antisocial, es de valorar al sujeto en todas sus capacidades. Ello supone también la valoración externa, pero no que ésta dé el concepto de enfermedad con valoración social, sino que dictamine con la "presión de lo externo" si el hombre "a prueba" puede alterar su capacidad.

PSICOLÓGICO NORMATIVO

Tenemos que precisar, en orden a la culpabilidad (ya que esta última se refiere a una voluntad y, por tanto, con base en lo psicológico) las ideas de lo normativo y psicológico, no ya en relación con la teoría normativa de la culpabilidad, sino con el concepto de norma o normativo desde el punto de vista de la antijuricidad. En relación con la culpabilidad, la idea de antisocial y lo dicho por Euxküll de las potencias ordenadoras en cualquier situación en que, como seres individuales, tenemos que someternos y articularnos en las formas de diversas formaciones sociales como la familia, la sociedad, el Estado, etc.

No olvidemos la idea de lo social en cuanto a la enfermedad y la idea de exigencia, de la cual hemos hablado y seguiremos hablando.

Maurach¹⁵ dice que, también desde el punto de vista dogmático jurídico penal, resulta imprescindible un sistema normativo, asegurando, como es lógico, que ni la teoría de la antijuricidad ni la de la culpabilidad pueden hallar una solución satisfactoria sin acudir a la norma, añadiendo que el juicio de culpabilidad supone la posibilidad del conocimiento del injusto, esto es, el conocimiento potencial de la norma. Afirma también, muy acertadamente, que con la ayuda de la norma cabe separar el tipo de la prohibición.

Entonces se nos plantea con toda claridad el problema, en referencia a lo antisocial, como un concepto cultural y propiamente la definición del delito, como dice Tibaldi, o precisar lo que sea el delito, a base de lo empírico cultural, y el concepto de enfermedad que es un concepto naturalístico y asegurando, por tanto, que el concepto de enfermedad es un concepto natural y el concepto de delito es un concepto cultural.

Maurach, al hablar de las normas de cultura como base de las normas de Derecho, establece una posición desde la que podemos

¹⁵ *Tratado de Derecho Penal*. Traducción española por el profesor Córdoba. Tomo I, 1962.

partir. J. A. Thomson¹⁶ afirma que "solamente la Ciencia se ha impuesto a sí misma una norma abnegada en consideración a su objeto, y que, por tanto, la Ciencia debe abarcar sólo aquello que pueda ser expresado y comprobado".

Señala, igualmente, que lo que caracteriza a la Ciencia, y esto es muy importante, no es la naturaleza de las cosas que trata, sino el método que se aplica para el conocimiento de las mismas.

Al plantearse el carácter indiciario del tipo, es decir, su neutralidad, se descubre su mero carácter descriptivo. Estos elementos del tipo llamados meramente descriptivos, no entendemos cómo pueden estar desprovistos de carácter valorativo si, por otra parte, se asegura, en varios pasajes de muchos autores, que el tipo concreta lo injusto. Por ello es claro que todos los elementos del tipo son normativos.

Para aclarar esto, y plantearnos el problema de que el tipo sea la "ratio essendi" de lo injusto o simplemente la "ratio cognoscendi", tenemos que pensar que la tipicidad, al concretar lo injusto, "hace esencia" o, mejor dicho, toma la esencia de lo antijurídico, y toma de una antijuricidad amplia, de las llamadas normas de cultura, lo que exclusivamente interesa al Derecho penal concretar como injusto. La posición es evidente; si se dice que la tipicidad es exclusiva del Derecho Penal y no de otras ramas jurídicas, y no puede haber antijuricidad penal sin tipicidad penal (por el principio de la legalidad de los delitos y de las penas), que es lo que constituye la auténtica garantía del individuo, resultará evidente que el problema se concreta en la llamada antijuricidad formal y material. No hay otra postura, si no queremos presentar posiciones contradictorias.

Entiendo que el carácter de neutro que se le da al tipo, recogido, como es natural, del *Tatbestand* de Beling, no dice nada en contra de lo expuesto. Si pensamos, como se dice con razón, que todos los elementos del tipo son normativos y, a su vez, que los elementos normativos son casos de "verdadera impaciencia del legislador" que obliga al juez a hacer valoraciones, ello no representa otra cosa que lo que tantas veces decimos no sólo de la imposibilidad de separar los diversos elementos del delito (que como constantemente se dice constituyen una unidad), sino que, aun pudiendo separarse en el orden del pensamiento, no pueden separarse en orden a la realidad, como dice Carnelutti. Lo que se ve con toda claridad es esa gra-

¹⁶ *Introducción a la Ciencia*. Traducción española, 9.ª edición.

dación casi insensible, esa unidad con matices, que se da en todo el problema jurídico.

Se plantea el problema de que todos los elementos insertos en el tipo, que exigen una especial valoración de hecho, no son de carácter normativo, aunque exijan esa valoración. Se refieren, como es natural, al hecho, y se añade que la valoración normativa corresponde a la antijuricidad. Por otra parte, si Mezger considera la valoración normativa desde un punto de vista doble, o sea, valoración jurídica y valoración empírico cultural, y se consideran, por algún autor, estos últimos como empírico culturales y no estrictamente normativos, nos vamos dando cuenta de lo expuesto anteriormente. De ello se deduce la imposibilidad de separar tajantemente la posición de que el tipo no corresponda exactamente a la totalidad de la antijuricidad, así como que no solamente todos los elementos del tipo son normativos, sino que, en esta posición intermedia de que lo empírico cultural no es estrictamente normativo, no se niega de un modo rotundo que no sea normativo.

Y es que es imposible la separación, como decimos anteriormente, pues viendo el carácter del hecho inicialmente como típicamente neutral, pero exigiéndose una valoración de ese mismo hecho, ello nos lleva a la idea de culpabilidad normativa.

Beling dice que la tipicidad es un elemento esencial del delito. Si bien distingue el tipo de delito del *Tatbestand*, lo que, en su última posición, viene a representar una tipicidad por partes y luego una totalidad. De donde resulta evidente que la tipicidad es, por ello, la totalidad de las partes típicas en cada uno de sus momentos separables y, por ello, hay valoraciones. La principal es la que se hace en reciprocidad de "sujeto-objeto" en relación con su conocimiento y, por eso, todas las partes de la tipicidad son funcionales, y precisamente es funcional el *Tatbestand*.

Si añadimos la esencialidad de la tipicidad como elemento del delito y pensamos que no solamente es comprensiva de todo, sino que implica, precisamente como carácter normativo, la identificación con la antijuricidad completa que, a su vez, es extraída de lo que damos por aceptar como normas de cultura, resultará evidente lo normativo del hecho cobijado en esa antijuricidad, para la valoración del objeto como hecho, que luego resulta antijurídico.

Y estas normas de cultura, cuando se las toma para una valoración normativa, no dejan de tener el mismo valor para la apreciación por los elementos típicos objetivos y los propios elementos típicos subjetivos. Ese transfondo llamado metajurídico, y que es

jurídico, con carácter imprescindible lo abarca todo y, por ello, todos los elementos del tipo son normativos.

Beling, cuando habla de los tipos, dice que se hallan dentro de la amplia esfera de los actos antijurídicos, pero añade que, además, han de ser actos antijurídicos culpables. Pues bien, ya tenemos la idea de la acción típicamente antijurídica y típicamente culpable. Se dice que *rektor* o *Tatbestand*, de carácter neutro y no valorativo, sólo puede entenderse, a los efectos del tipo, si se relaciona con los tipos de la parte especial. Ello nos lleva a la consecuencia de que todo está implicado y que, por tanto, lo normativo no son "impaciencias del legislador", sino todo lo contrario, esto es, que precisamente lo normativo lo es todo en el tipo.

Al recordar lo que dijimos de Thomson sobre la norma y el método, nos damos cuenta de que si lo que caracteriza a toda ciencia es el método que se aplica para el conocimiento de la naturaleza de las cosas, y siendo éstas reales, lo que interesa es hallarlas, afirmando además, que la Ciencia se impone una norma en consideración a su objeto y que, según dicha norma, la Ciencia debe abarcar sólo aquello que puede ser expresado y comprobado, nos daremos cuenta inmediatamente de que el Derecho Penal, como Ciencia, tiene por objeto exclusivo señalar, con toda claridad, lo que tiene que ser antijurídico. Fijarse bien que decimos "lo que tiene que ser antijurídico" y no lo que "sea antijurídico", o sea, de "lege lata", es decir, en relación con lo dicho por Thomson, "aquello que pueda ser comprobado y expresado". Mas se añade que ha de ser culpable, es decir, que ya claramente el tipo expresa lo concreto de lo antijurídico y lo concreto de lo culpable, aun cuando lo culpable quede más amplio a la valoración empírico cultural. Dice Beling, refiriéndose a la representación del *rektor* o *Tatbestand*: "el primer resultado que se alcanza con esa representación o *rektor* es que podemos tomar como tal tipo de delito la conjunción de un tipo de injusto y de un tipo de culpabilidad".

Cuando, como hemos dicho en otro lugar, resulta imprescindible el sistema normativo, desde el punto de vista dogmático jurídico-penal, tanto para la teoría de la antijuricidad como la de la culpabilidad y que, para resolverlas, es preciso acudir a la norma, el problema va quedando claro. No entorpece nada, sino que lo afirma, ni deja, por ello, de perder la naturaleza normativa de la culpa la conciencia de lo injusto. No es esto, ni mucho menos, estricto psicologismo, en cuanto queda descartado, por supuesto, no ya que un psicologismo puro nunca existió, sino que quienes trabajaron, en toda su amplitud, sobre la concepción psicológica de la culpa, no

es que no se planteasen el problema de lo normativo, sino que en el problema psicológico está implícito el problema normativo sin el cual nada se explica.

Al tratar el *Tatbestand* como tipo *rector*, nos dice Beling que es meramente regulador o regulativo.

Con independencia de plantearnos aquí el problema de las causas primeras o, simplemente, de las causas eficientes y causas secundarias, tenemos que pensar en ese carácter regulador y, aun cuando no estemos de acuerdo con muchas posiciones de Kant y sus seguidores señalar lo que dice, refiriéndose al principio de finalidad, "que no concibe ésta como principio constitutivo de lo real, sino como mero principio regulador de la facultad de juzgar, o sea, el juicio que investiga y busca la unidad".

Cuando Beling, al referirse al apartado 1.º del art. 59 del Código penal alemán, dice: "al que ignorase al cometer la acción punible las circunstancias de hecho que pertenecientes al *Tatbestand* legal o que agravan la penalidad, no le serán imputadas". Si bien, para Beling, el *Tatbestand* es una parte de la descripción legal (añadiéndose que sin función valorativa o neutro), y es expresivo de aquello en que ha de coincidir la realización y la culpabilidad.

Se dice, por los autores en general y, concretamente Maurach, que en Derecho Penal se califica implícita y acertadamente, la culpabilidad de juicio derivado; que el Derecho Penal desconoce una culpabilidad separada del acto; y, principalmente, se señala que esta culpabilidad del acto carece de un origen propio y de un contenido autónomo separado de su base normativa jurídico penal y que, como es natural, la culpabilidad jurídico penal no puede plantearse hasta que conste con anterioridad la antijuricidad tipificada.

JUICIO

No hay duda, y ello está implícito en la propia culpabilidad, que ésta no existe sin la acción típica antijurídica, y ello viene a demostrar con claridad que la culpabilidad es un juicio derivado, pero lleva asimismo implícito que jamás puede hablarse de culpabilidad sin la idea de norma. Precisamente nosotros hemos dicho que el Derecho se caracteriza por ser dado al ser inteligente y no puede plantearse el que una norma no esté implícita en el sentido psicológico del autor. Precisamente en la clara descripción objetiva del injusto, y absolutamente por ello, es por lo que puede hablarse de culpabilidad, y por lo que pueden distinguirse con claridad antijuricidad y culpabilidad.

Entendemos que no es cierto que Loffler infirió, ni mucho menos, el primer golpe a la teoría psicológica o, como se dice, a la teoría puramente psicológica, por plantear que la culpabilidad, además de ser un vicio de la voluntad —según Carrara— pudiese ser un vicio de la inteligencia pues, si bien es cierto que quizá quiera interpretarse esto como la necesidad del conocimiento de la norma, no podemos olvidar tampoco que, al concretar la culpabilidad (y puede concretarse en un vicio de la voluntad), sabemos, porque es muy repetido desde tiempos viejos, que “nada puede ser querido, si no es conocido”.

No vamos a plantear aquí el problema del conocimiento o desconocimiento del Derecho, o concretamente de lo injusto, porque sabemos sinceramente que el error de Derecho no tiene valor, pero lo que planteamos es que: el partir de una determinada situación de hecho “predominantemente psicológica”, no solamente es verdad, sino que, en esa expresión “predominantemente psicológica”, está implícito el carácter normativo de la culpabilidad, si se tiene en cuenta la realidad del hombre como situación de hecho, aun descontando que sean elementos típicos normativos las valoraciones culturales. Si se piensa que la valoración biológica de la salud no está específicamente, como no debe estarlo, determinada en el Código, al recurrir a una valoración científica o empírico cultural llegamos a la idea clara de la imputabilidad como base y presupuesto de la culpabilidad y, por ello, a la idea de enfermedad mental, observando con toda claridad que el incapaz, no sólo de hecho no tiene capacidad para valorar el hecho, sino, mucho menos, para comprender el injusto.

Para entender esto, y en relación con el juicio derivado, recurrimos de nuevo a Beling, repitiendo su concepción de que “al que ignore las circunstancias de hecho pertenecientes al *Tatbestand legal*... no le serán imputadas”.

Hemos señalado, con mucha intención, la palabra “hecho” en sus dos ocasiones, o sea, como situación de hecho de estar normal y, por tanto, como situación psicológica, o estar anormal así como el problema de conocer el hecho que se realiza, ya que siendo dos cosas distintas llevadas a la ley, en una se precisa que el hecho es antijurídico, como por ejemplo, matar a un hombre, y en otra, el hecho de ser capaz, es decir, ser o estar normal. Esto es lo que queda a una valoración científica más amplia, pero dentro de las normas de la ciencia extra-penal.

Dice Maurach, después de añadir que no hay culpabilidad sin acción típica antijurídica, que “la culpabilidad moral o ético social,

en tanto no encuentre una base en el Derecho positivo, es irrelevante para el Derecho Penal. Cuestión distinta —añade— es la de la importancia que puede corresponder a la fijación de la culpabilidad conforme a las valoraciones morales o ético sociales, tras constatar el desvalor del acto por medio de características jurídico penales positivas”.

Se repite mucho, por los autores, que un psicologismo puro nunca existió, tomando como base la idea de Mezger, y yo creo que se repite tanto, según he dicho antes y como vamos a demostrar más tarde, que psicologismo y normativismo son posiciones recíprocas que no hace falta ni plantearse. Recuerdo siempre lo que dice Cathrein sobre los que abominan de la Filosofía, pues, recordando la frase de otro autor, asegura, y le sobra razón, que cuando en Derecho, o en cualquier otro problema de la vida, se habla de la relación causal, implícitamente se está haciendo filosofía.

Las palabras recogidas anteriormente, de que si bien la culpabilidad no es moral ni ético social hasta que no se positiviza el desvalor del acto por medio de características jurídico penales positivas, nos llevan a una consideración que más adelante quedará perfectamente clara. No se trata de que la culpabilidad sea un problema ético, en el sentido de que no esté tipificado el hecho con toda precisión, si después nos aferramos a la idea de culpabilidad normativa. Aun cuando el profesor Jiménez de Asúa habla del poco apego de los autores de lengua española por la teoría normativa de la culpabilidad y que, incluso —son sus palabras— él mismo, se mantuvo en la fórmula psicologista hasta 1931 (según expresa textualmente: “tomamos la culpabilidad —dijimos entonces— en un sentido estricto, es decir como nexo ético y psicológico que liga al sujeto con el acto u omisión perpetrados y que plasma en dolo o en culpa”), creo por el contrario, que en esa su forma de expresión afirmé, precisamente por lo que yo sostengo de lo implícito-recíproco de psicologismo normativismo, la idea normativa. De lo contrario sería contradictorio. Lo exacto está en la palabra “nexo”, como puede pensarse a poco que se medite, ya que, precisamente, una de las ciencias normativas es la ética; y si la ética, la moral, o las normas de cultura, como quieran llamarse, son el transfondo o la base que el Derecho (y más concretamente el Derecho penal) tiene que concretar, se ve con toda claridad cuanto nosotros queremos decir.

Si se dice, después de señalar la naturaleza objetiva de lo injusto y la subjetiva de lo culpable, que la antijuricidad objetiva significa el juicio de disvalor sobre el acto, y la culpabilidad el juicio de disvalor sobre el agente, volvemos a repetir que el nexo es lo que crea

la auténtica relación normativa-psicológica partiendo de lo que se llama defectuosidad del proceso psíquico, lo que nosotros tenemos resuelto en otros trabajos¹⁷, y a su vez del sentido de exigencia.

LO METAJURÍDICO Y LAS CIENCIAS PENALES.—EL TESTIGO TÉCNICO

Precisamente en las palabras anteriores sobre antijuricidad objetiva y culpabilidad subjetiva, en lo que viene llamándose, a nuestro juicio impropriamente, normativismo subjetivo está la aclaración de lo que nosotros presentamos como dogma y culpabilidad y, por ello, el problema se centra a través, y exclusivamente, de lo que nosotros estimamos como método y ciencias penales.

El término normativismo subjetivo no representa otra cosa que la imprecisión de un concepto psicológico normativo o, mejor aún, de que el psicologismo puro no ha existido nunca.

Partiendo de la idea de Frank, en cuanto a la concepción genuinamente normativa de la culpabilidad, de ser un reproche basado en los motivos y en el carácter del agente a condición de que se le pueda exigir un comportamiento conforme a derecho, esta posición la concreta el profesor Jiménez de Asúa, en lo que él llama síntesis, cuando dice: "Sólo podremos llegar a la reprobación de su hacer u omitir —se refiere al agente o autor del delito— si apreciados esos motivos y el carácter del sujeto se le podía exigir un comportamiento distinto al que emprendió; es decir, si le era exigible que se condujese conforme a las pretensiones del Derecho. En suma, la concepción normativa se funda en el reproche basado en el acto psicológico, en los motivos, y en la caractereología del agente y en la exigibilidad".

Tenemos que señalar también las palabras del citado autor al afirmar: "tiene razón Mezger, cuando dice que no podemos hablar de "descubrimiento" tratándose de la concepción normativa. Puesto que un psicologismo puro es imposible, en las viejas torías psicológicas hay elementos normativos, y hasta se encuentran en autores, que no pueden ser calificados como secuaces del pensamiento normativista en materia de culpabilidad, muchos de los términos que los jurisperitos modernos manejan como significativos de la concepción normativa".

Dejando a un lado, como es preciso hacerlo en un Derecho Penal basado en la libertad y en el respeto al individuo, el problema del

¹⁷ MANUEL SERRANO RODRÍGUEZ: *Culpabilidad y Pena. Derecho Penal*. Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela. Julio, 1945.

tipo-autor, o sea, su sentido caractereológico, nos es imprescindible señalar como puntos esenciales, para la llamada teoría normativa, la "posibilidad de exigencia" de un comportamiento distinto al que emprendió, teniendo en cuenta las pretensiones del Derecho. Mas ello, al ser un juicio derivado de lo injusto, supone el determinar con toda precisión lo que tiene que ser el injusto, basado en las normas de cultura, en conceptos éticos, pero basados también en la precisión de la ley positiva. Y es necesaria, por ello, la estimación cultural o científica del propio autor del delito. Y aquí está el auténtico valor del método y lo que, viniéndose a llamar posiciones metajurídicas, determinan con toda claridad el que, debiéndose precisar descriptivamente todos los elementos del tipo, nos dan fijeza para saber a qué atenernos, ese es el auténtico principio de libertad. Así fijando ciertamente el hecho antijurídico, lo que objetivamente es antijurídico, pero dejando a la ciencia (o a las llamadas ciencias extrapenales) la valoración del autor exclusivamente en relación con la imputabilidad y dejando a un lado, para el hecho concreto jurídico penal, otras características que pueden servir a los efectos del tratamiento penitenciario o de medidas de seguridad. Al tratar exclusivamente del hecho aislado (o sea antijuricidad-culpabilidad del hecho aislado), y según esta concepción normativa, a la que estamos aludiendo, sólo se trata, como acertadamente dice Maurach, de un deber y un poder que no es posible separar en el Derecho positivo. Por eso completa que, una vez conste la antijuricidad, el problema se concreta "si el autor se ha mantenido en su acción arriesgada, dentro de los límites universalmente exigibles, se habrá convertido en cuestión propia de la atribuibilidad, a saber: el problema referente a la valoración del autor". Pero, al incluirle dentro de lo universalmente exigible, se centra el problema de lo normativo-psicológico con toda claridad. Hemos de ver que si, por un lado, lo psicológico puede parecer subjetivismo, o lo es, al contacto con el mundo de ese vivir el sujeto en el mundo, la capacidad se enfrenta con las cosas, ya que éste es precisamente el sentido de universalidad. Se habla de la capacidad de nuestro ojo para apresar en la oscuridad estímulos luminosos, de una adaptación a esa oscuridad. Para entenderlo nosotros recordamos: "si el órgano es para la función o la función para el órgano, en el puro sentido anatómico fisiológico". Y entonces, teniendo en cuenta que el hombre vive también en el mundo y para él está hecho, y teniendo en cuenta que todo fenómeno vital está ordenado a la propia conservación, la adaptación se hace recíproca en posición psicológica o normativa. Sin esto sería imposible la adaptación, como se prueba por la verificación recíproca o acciones recíprocas, en las cuales la periferia, o sea el ojo, está como antena

al mundo para captar una norma que, por otra parte, si no hubiese capacidad anatómico-fisiológica sería imposible resolver el problema como ocurre con la ceguera. ¿Qué es la adaptación a la oscuridad, sino algo fisiológico-normativo, en cuanto unido al objeto que se ve, o puede verse? Es realmente semejante y, para entenderlo mejor, se refiere al contacto físico, recíproco, del hombre con las cosas. Podemos decir fisiológico-normativo, como anatómico-normativo, porque está dispuesto en la necesidad receptora de sujeto mundo, para comprenderle y vencer la naturaleza y, propiamente, para desarrollar el proceso vital.

Si esto se resuelve de un modo físico (relación material) como objetos materiales o naturales, y órganos naturales, no hay duda de que todo está dispuesto psicológica-normativamente, resolviéndose en la adaptación a los efectos de que se cumpla el proceso vital, y no hay duda de que el Derecho, como ordenación, ve el proceso vital.

Tendríamos que hablar aquí del problema del umbral en relación con esta visión de adaptación y proyectarlo al umbral de la conciencia a los efectos de consciente o inconsciente. No tratamos de ello, pero lo apuntamos porque se resuelve prácticamente en términos de igualdad, ya que, como digo en mi trabajo sobre Culpabilidad, los órganos de los sentidos, como antenas, están para darnos la realidad exterior y, precisamente, como esencia de nuestra normativización.

Yo querría partir de la frase de Mesonero Romanos, cuando dice: "que nosotros somos causa y efecto de nuestra cultura", con lo cual creo que tiene que quedar claro el concepto de culpabilidad normativa. No hay otra precisión mayor que esta frase, y estoy convencido de que, con ello, queda claro cuanto tenemos que exponer. El proceso es lógico si decimos que el Derecho positivo tiene como base las normas de cultura y que el tipo concreta lo injusto, lo describe y lo precisa. Pero, si para ello debemos tener capacidad, resultará que esta capacidad es la que hace la cultura, porque es capaz de comprenderla.

Una vez determinada con precisión la antijuricidad, el juicio derivado (y precisamente con la capacidad del autor) nos lleva a esa llamada distinción entre enfermedad como definición naturalista y delito como definición jurídica o cultural.

Pero aquí tendríamos que precisar cuando se habla de que la cultura es expresión de unos valores de la mayoría, es decir, trasladando al sentido de costumbre, o de moral, la forma de vivir en un momento determinado en una sociedad, para distinguir o,

mejor dicho, buscar ese punto de unión de la auténtica enfermedad mental o anormalidad y de la valoración de ésta. Mejor dicho, de los valores sociales, para la valoración de lo que sea enfermedad, lo que no es igual. Más adelante centraremos nuestro estudio sobre el concepto de enfermedad.

Es posible que las palabras "testigo-técnico" aclaren ya con precisión cuanto quiero decir y, como es natural, lo dicho en líneas anteriores sobre la expresión "y en sus errores resolver los problemas que puedan plantearse ante los tribunales".

Esta posición de error es doble: nos referimos a los errores que todo hombre puede cometer en su vida particular o social con culpa o sin culpa, y a los errores, podríamos decir, de la ciencia, si ésta la entendemos como una conquista que se va haciendo poco a poco y es propiamente ciencia del hombre.

Cuando le preguntamos a un testigo presencial que nos relate el hecho, le exigimos la máxima veracidad, incluso bajo juramento. Admitiendo que diga la verdad, sabemos que cada sujeto vive de un modo la vivencia y que cada vivencia (y sobre esto hay muchos estudios psicológicos) es vivida por un grupo de personas de distinto modo. Pero si sinceramente y en conciencia expone lo que él ha visto o cree haber visto, nosotros lo damos por veraz, sin perjuicio de aclarar la verdad objetiva.

Al testigo técnico, en toda su amplitud, al perito, sea médico, psicólogo o más concretamente psiquiatra, al igual que al ingeniero o al químico, no le pedimos que nos asegure nada de presencia, sino simplemente o, mejor dicho, si no científicamente si aquello obedece a unas leyes físicas y posiblemente espirituales o, mejor dicho, en combinación ambas con arreglo a las leyes de su saber.

No se le exige, ni mucho menos, que sea infalible, pues tratamos con seres humanos, sino que, con arreglo al saber de la época y en la medida de estos conocimientos diligentemente aprendidos, concretamente realizados en el caso que estudia, nos diga cuál es la verdad. Es, como se ve, no testigo presencial, sino testigo técnico.

Para mayor vulgarización no voy a hacer excesivas citas de artículos de la ley procesal ni del Código penal, pero sabemos que uno y otro están llenos de valoraciones empírico culturales, y que, en modo alguno, corresponde al jurista su determinación. Concretamente están llenos de valoraciones científicas que si se ha dado en llamar las metajurídicas no se dice la verdad, pues cuando el Derecho las trae a su seno ya son jurídicas, si bien su valoración

es, o viene, de lo que impropriadamente suelen llamarse campos contrarios o campos distintos¹⁸.

Cuando la ley procesal penal regula todo el problema del delito o, mejor dicho, de su averiguación, está constantemente trabajando sobre el hecho. Es la auténtica posición de las ciencias naturales y experimentales en el punto en que se encuentran de su perfección. Pero no se trata del hecho extraído ya, y definido como delito, sino de un conjunto de hechos o datos que tengan relación con la averiguación de ese delito, pues, en primer lugar, se trata de que el delito, como dice mi llorado maestro el profesor Cuello Calón, es producto de una actividad humana, descontándose, por tanto, los hechos de los animales, porque los acontecimientos fortuitos ajenos al obrar humano no pueden constituir delito. Y esto es lo que interesa aclarar en relación a demostrar cómo del *corpus delicti* nace la idea del *Tatbestand* y como, a su vez, la Ley de Enjuiciamiento Criminal trata, en auténtico sentido científico, esos datos o hechos con sus interferencias, incluso modificando la prueba para que puedan dar lugar a una inferencia sobre los mismos.

Como hemos dicho, el art. 456 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dice con toda exactitud: "El juez acordará el informe pericial cuando, para conocer o apreciar algún hecho o circunstancias importantes en el Sumario, fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos". Esta postura¹⁹ "no pretende otra cosa que seguir las leyes científicas del citado hecho, que habiendo sido investigado con antelación, nos ha dado una verdad, a veces relativa, en referencia al momento en que vivimos y, por eso, pretende que mediante tal método de investigación científica, por haberse descubierto sus leyes induciendo y deduciendo sobre el mismo, obtendremos por resultado la verdad querida por el juzgador a través de una prueba inmediata: el examen pericial".

Es muy importante fijarse en el citado trabajo, porque si los científicos de otras ciencias llamadas distintas a las jurídicas hablan, como recoge Thomson en su estudio sobre "La introducción a las Ciencias", de la pasión por los hechos, como primera de las particularidades del carácter científico, observamos que éste es el sentido

¹⁸ MANUEL SERRANO RODRÍGUEZ: *Ciencias Penales y Derecho Penal. Personalidad jurídica. Biojuricidad. Artículo 2.º del Código Penal y Los Principios generales del Derecho. Peritaje Médico. Inseminación artificial, etc.*

¹⁹ Véase nuestro trabajo sobre *Peritaje Médico-forense penal visto por un penalista*. Curso de Neuropsiquiatría forense y Criminología de la Facultad de Medicina de la Escuela de Medicina legal, Madrid, 1954.

de lo jurídico, como expresamente se dice en la ley; apoyándonos en la cita que Thomson hace de Sir Michael Foster, es nuestro deseo lograr una mayor precisión en el planteamiento de los problemas, que corresponde a la cualidad de veracidad en el análisis que realizamos. La cita aludida continúa así: "ante todo cerciórate de los hechos. He aquí un precepto fundamental bastante difícil de cumplir, pues aun en el estudio de problemas sencillos, es difícil de captar los hechos correspondientes". Habla a continuación: de cómo la verdad es encubierta por el sentimiento; de cómo nuestros ojos no tienen facultad de ver; de cómo los prejuicios presentan al hombre las cosas como no deben; y, muy claramente, de la carencia de disciplina en el método científico, añadiendo cómo se mezcla una observación directa con deducciones inconscientes de la observación, siendo ésta una falta muy vulgar.

Sin perjuicio de seguir adelante, quisiera hacer aquí una observación muy importante, pues, a poco que nos fijemos, en estas palabras está definido el delito al modo como nosotros lo recogemos en las dos monografías sobre culpabilidad. Alude el citado autor al sentimiento que no es otra cosa que el afecto desviado que encubre y nos resuelve a obrar a base del bien próximo, no del remoto, y claramente desviándonos del bien común. Pero observaremos que también se exige al científico, para que nos diga la verdad, una disciplina en el método. Es decir, que sea rigurosa. Para aclarar esto, afirma el mismo autor, el hombre se contenta a veces con lo impreciso y aproximado, afirmando, lo que no es otra cosa que, repitiendo las palabras de Bacon, la necesidad de estudiar la naturaleza, que marca con sus señales el camino de un tesoro escondido, ya que, si tal cosa no hace, corre el riesgo de extraviarse y de no hallar el verdadero fin.

Hemos dicho al principio que era imposible comprender este trabajo sin tener en cuenta nuestros trabajos anteriores y, a su vez, tenemos que añadir que, por la necesidad de reducir la exposición de nuestro tema, ofreceremos, en una publicación posterior, la ampliación completa de este trabajo con cuantos datos tenemos recogidos, algunos prácticamente ya elaborados. Pero tampoco podemos dejar sin aclarar el contenido de este discurso. Para ello hemos de hacer referencia al método, en cuanto no solamente lo consideramos como posición exacta, sino que, al referirnos al trabajo de Tibaldi (en el que se nos cita), queremos partir del mismo. Dice, al tratar del problema del método: "Sin profundizar más, ni entrar en los matices que cada autor le da al problema, ha llegado el momento de preguntarnos ¿se ha llegado a la cumbre? ¿Hay que plantar la bandera definitiva en cuanto al método de nuestra ciencia se refiere y,

recordando las enseñanzas recibidas en los días que ya se van tornando lejanos de estudiante, repetir, con los siempre bien recordados maestros Ricardo Núñez y Sebastián Soler, que el estudio del Derecho Penal es el estudio de las normas jurídicas? ¿Se nos presenta este enfoque como una construcción acabada insuperable que debe reinar por siempre en el Derecho Penal? Sinceramente creemos que no, que falta mucho camino por recorrer”.

Señala muy acertadamente la posición de Carnevale de que un método técnico jurídico es “la descarnación del Derecho”, así como otras críticas a tal dirección y marca la de Maggri de “un prudente retorno al Derecho Natural”; señala, igualmente, los peligros de referirse exclusivamente a la dogmática positivo legal, y recuerda las paradojas de Kirchman, para quien, por ese camino “tres palabras del legislador bastan para transformar en papel inútil toda una biblioteca de Derecho”.

De estas palabras tenemos que partir, señalando que Tibaldi, después de exponer los errores del método jurídico, añade que es preciso saber o, mejor dicho, precisar qué se entiende por método jurídico, haciéndonos el honor de partir del método del que nosotros partimos. Dice Tibaldi que esto abre una amplia perspectiva en la interpretación de la ley desde el punto de vista dogmático y añade que tenemos que partir de la propia “naturaleza de las cosas” y que, a su vez, el método perfila las bases normativas de cultura, incluso en la interpretación. Tal posición nos aclara dos cosas en relación con lo dicho anteriormente: “precisar el concepto de dogmática, precisar lo que Maggri señaló como “prudente retorno al Derecho Natural”, y esa idea nuestra sobre la naturaleza de las cosas que hoy está puesta sobre el tapete y que nosotros recogimos en nuestro trabajo sobre *Biojuricidad*²⁰ y *Peritaje Médico*²¹. Este punto de vista sobre “la naturaleza de las cosas”, ya antiguo (como nosotros señalamos²² al recoger el sentido de ley como “la ley de un ser”) es la inclinación natural que le lleva al fin que ha de realizar y, basándonos en Dorado Montero, y en la crítica que dicho autor hace sobre el error en que han caído los cultivadores de las ciencias racionales, decimos nosotros, cómo “creen que ante un dictamen médico, que no es otra cosa que un producto de la ley natural de un ser obrando en el mundo con sus posiciones lógicas o ilógicas, normal

²⁰ MANUEL SERRANO RODRÍGUEZ: *Bases para un concepto de Derecho Penal*. Revista de Estudios Penitenciarios. Mayo y junio de 1945, núms. 2 y 3.

²¹ *Peritaje Médico*. Ya citado.

²² *Peritaje Médico Forense*. Ya citado.

o anormal (o más exactamente como ha de producirse un fenómeno), que esto era pretender imponerles, forzosamente y desde fuera, una resolución determinada, sin darse cuenta de que ello no es otra cosa que partir del hecho mismo, observar sus leyes y obedecerlas para después poderlas dominar". Para afirmar esto, al hablar de *Biojuricidad* en el otro de nuestros trabajos citados, recordamos a Lardizábal y Uribe, al que podemos calificar de nuestro primer penalista, con una dirección tomista sobre la constitución de la sociedad, así como a Pacheco que nos habla de que "el legislador debe ser un mero enunciador de las leyes naturales a la manera como lo dijera Suárez".

Precisamente nosotros concretamos este punto cuando en todo el trabajo determinamos lo que entendemos por biojuricidad para la elaboración del Derecho, y así decimos: "que hemos de pensar en la existencia de unas leyes naturales de lo social, podíamos decir, de una biojuricidad existente y real, la cual el hombre ha de descubrir y, técnica y formalmente, enunciar". Recordemos lo dicho anteriormente, en relación con Euxkül, sobre las estructuras sociales. Lo que a continuación vamos a decir también corresponde al sentido ordenador, y a la forma sustancial.

Por eso no queremos insistir en todas las referencias de este trabajo, porque no se trata de una reproducción del mismo, ya que siempre nos referimos a la ley superior, como un cauce natural de las cosas, o a un decreto superior que organiza y dirige toda la realidad existente. Pero el hombre tiene en potencia el perfeccionamiento por su propio esfuerzo. He aquí punto de relación sobre lo normativo y psicológico y la idea señalada de Mesonero Romanos.

Hemos de aclarar que no puede hablarse de un prudente retorno al Derecho Natural ni, como algún autor sostiene (a nuestro juicio equivocadamente), que se ha de volver a un Derecho Natural de características más modernas, confundiendo los primeros principios con las determinaciones próximas. Para entenderlo recurrimos simplemente al principio de Arquímedes, o a la ley de nivel de los líquidos. En consecuencia tendríamos que afirmar que es un "principio natural más moderno" el transatlántico o la rápida lancha motora actual en relación con la primera balsa del hombre primitivo, o el primer tronco de árbol que cayó sobre una superficie líquida. Igual podemos decir de lo práctico y actual de una instalación moderna sobre conducción de aguas y las aguas artesianas que están en la naturaleza. He pensado muchas veces sobre lo que se ha dicho del descubrimiento de la rueda, que debió representar, según afirman los científicos, un extraordinario progreso en los tiempos primitivos;

y he pensado también que, aparte de la redondez de ciertos objetos naturales que descubrirían su posible aplicación, el hombre, y en general, todos los seres vivos poseen en sí mismos el fundamento de la rueda por ley natural, bastando para asegurarlo que nos fijemos en la propia pierna o brazo con sus dos centros o ejes articulados que, para su funcionamiento y manejo, tienen que actuar en círculo, lo que vemos perfectamente, en la técnica actual, en esas manos artificiales aprehensoras de cosas hasta llevarlas al lugar de su destino, que no se resuelve de otro modo que cerrando un círculo. Para verlo más claramente observemos la marcha del caballo, sobre todo si galopa, en la que, buscando un centro ideal, pero que existe físicamente, las patas del equido o, mejor dicho, patas y manos describen un círculo con tal perfección que, si idealmente lo metemos en un círculo de hierro, podemos ver, como, al igual que en los juguetes de los niños (precisamente buscando el movimiento del animal), se sitúan manos y patas en un sector del círculo. Y ello se ve más claro, en el mecanismo de la bicicleta, en la combinación articulada de las piernas como bielas que actúan, a su vez, sobre las bielas metálicas de la bicicleta en una combinación completa de círculos, como hemos dicho antes, y cuyos centros están en la cadera y en la rodilla perfectamente articulados, lo cual, con variantes actuales, nos lleva a los coches de tracción delantera. Creo que la aclaración es completa.

EL MÉTODO NOS LLEVA A ACLARAR LA DOGMÁTICA EN TODA SU AMPLITUD

No se trata de dejar en el aire, sin precisar típicamente, los principios de Derecho Natural, sino de tomar su base en ellos para crear figuras específicas de delito. Tampoco se trata de que expresada con precisión la ley, es decir positivizada, su interpretación se salga de lo que estrictamente la ley exige. Esto lo tenemos aclarado en varios trabajos y, muy concretamente, al hablar del "Artículo 2.º del Código Penal"²³, como problema de *lege lata* o *lege ferenda*, o sea, ley hecha o ley por hacer. Se trata, por tanto, de resolver exclusivamente el problema dogmático.

Pero ahora en cuanto al problema concreto del método, y en relación a lo que dice Tibaldi, volvemos a dar entrada a la Ley Proce-

²³ MANUEL SERRANO RODRÍGUEZ: *Artículo 2.º del Código Penal y Los principios generales del Derecho*. Revista de la Facultad de Derecho de Madrid. Año 1943.

sal, evitando sus citas (como tenemos dicho anteriormente) y remitiéndonos al Libro 2.º, Título V, Capítulos 2.º y 3.º "De la comprobación del delito y averiguación del delincuente", en relación con el "cuerpo del delito", "identidad del delincuente y sus circunstancias personales", así como al Capítulo 7.º del mismo Título y Libro, que se refiere a la "información pericial", y en los que constantemente se habla de problemas científicos, empleándose a su vez las expresiones de "profesor en Medicina, o profesores en cualquier ciencia, de procedimientos psíquico-químicos", etc.

En toda su amplitud la Ley habla de recoger datos sobre el hecho, y del hecho mismo, para presentarlos al dictamen del perito, o sea, al hombre de ciencia. Pues bien, aquí es donde vamos a invertir los términos, para establecer toda la importancia que tienen las demás ciencias para el Derecho, y lejos de ser esta disertación mía una vulgarización científica del Derecho, va a ser todo lo contrario, es decir, el deseo de haceros comprender que, para nosotros, vosotros sois lo más importante. Para entenderlo voy a recordar lo que tengo dicho en otro lugar²⁴. Digo así: "complementaria a la obra de Darwin es el trabajo de Von Koenigswald cuando, estudiando el problema del Pitecanthropus, en relación con la tesis de Dubois, se planteó, en la ley general reguladora de las distintas criaturas, si el cráneo y el fémur pertenecían ambos a la misma criatura cuando estudiaba los tipos humanos diferentes. Observándose aquí, como en todo el problema de ley general y especial, la aplicación al caso concreto todo el problema del *Tatbestand*.

Problemas antropológicos y, para más aclaración, no sólo lo que podíamos dejar reducido a las ciencias experimentales o propiamente naturales, sino el estudio de lo arqueológico, de la paleografía, etc., son llamadas al Derecho para aclarar problemas de naturaleza jurídica, pues, a poco que se piense, una estafa puede producirse sin el dictamen de un técnico, en la venta de un objeto que no es auténtico o verdadero.

La ley habla de peritos calígrafos y, en ello, ha de entrar el paleógrafo, en el mismo sentido que el anterior, para decirnos si un documento es o no de antigüedad. No olvidemos que también éstos han podido dictaminar, y pueden, en relación con escritos actuales. Si bien hoy, también con los procedimientos físicos y químicos sobre la escritura, tinta, etc., se requiere un complemento de otros

²⁴ MANUEL SERRANO RODRÍGUEZ: *Universalidad del Derecho y Unidad de la Ciencia*. Ya citada.

científicos. No digamos nada en cuanto a la necesidad de intervención del médico para examinar la escritura patológica de un enfermo, sobre todo, en los testamentos próximos a la muerte, como posibles situaciones de incapacidad.

Todo ello nos lleva a la consideración de que cuando se han planteado las diferencias falta entender el mutuo lenguaje entre juristas y peritos de distintas clases, y es necesario que tal lenguaje sea entendido. Esto es lo que se quiere resolver, y lo que yo expongo aquí para entenderlo.

Precisamente en otro de nuestros trabajos²⁵ (al tratar de las normas de cultura), hablo de las interdisciplinas, como ha señalado el profesor Lora Tamayo, y en ellas expongo la ley del ser y el problema de la normativización, pero extendiendo el concepto de interdisciplinas a lo que realmente debe entenderse. Las extiendo a la reciprocidad que debe existir y al conocimiento entre las llamadas disciplinas del campo contrario o distinto. Analizando los problemas de homogeneidad y heterogeneidad, explico cómo el Derecho, como dirección, es imprescindible en todo, y cómo resuelve el problema de la existencia del individuo dentro de lo social por que es ordenador.

Podemos completar cuanto decimos en las siguientes palabras de Thomson cuando se refiere a la totalidad de la ciencia: "fraccionando las ciencias con fines de conveniencia práctica, estudiadas en libros distintos e investigadas en distintos laboratorios²⁶, nos señala los inconvenientes de ello, a los efectos de la unidad, precisamente por tratarse el problema al servicio del hombre". Thomson nos sigue diciendo: "Las ciencias son, después de todo, parte de una disciplina, explicaciones de un método, esfuerzos para esclarecer, si no resolver, el gran problema del orden de la naturaleza. Forman, o debieran formar, un caudal de verdad y ganan en valor en la medida en que son correlativas. Este es el ideal de la piedra filosofal, de la enciclopedia, de la Universidad y de la más moderna síntesis científica".

¿Veis la razón de este discurso ante el complejo universitario? Ello me ha hecho pensar también que, así como Beling llama al "Tatbestand" el "rector" de los tipos específicos de delito, podemos pensar que fácilmente se entiende esto pensando en la máxima autoridad universitaria de cada Universidad, cuyo nombre se corres-

²⁵ MANUEL SERRANO RODRÍGUEZ: *Ordenación Profesional de la Juventud*.

²⁶ Os quiero señalar yo, los laboratorios de investigación criminal y los laboratorios o clínicas para la investigación en las lesiones del trabajo. Los dictámenes médicos, los procedimientos físico químicos, etc.

ponde exactamente con aquél, lo que claramente nos demuestra que siendo rector común, como tiene que serlo, unifica o, en él, se encuentra la unidad de lo objetivo con lo subjetivo, en relación con las distintas facultades específicas, en franca correspondencia con la idea de "rector común" y tipos especiales. No es preciso entrar en esta consideración sino sólo para aclarar.

Para precisar más cuanto llevamos dicho, en relación con nuestro discurso y la llamada a todos los especialistas de las distintas ciencias, seguiré recogiendo lo que dice el citado autor Thomson refiriéndose al ser viviente: "por esto estamos seguros de que, si bien ha de ser el sujeto de muchas ciencias diferentes —anatomía, fisiología, embriología, sin hablar de la física y química, ni olvidar la psicología—, la verdad científica sobre la criatura viviente no puede adquirirse sin que se unifiquen los resultados de las diversas investigaciones científicas y se reconozca el hecho fundamental de la unidad del organismo. En segundo lugar, al ser vivo no se le puede aislar y estudiar "in vacuo". Se halla situado en un medio del que es científicamente inseparable y sus relaciones se extienden a la vida de otras muchas criaturas. Si aspiramos a acercarnos al conocimiento de la verdad de los seres vivientes, debemos estudiar sus interrelaciones. Pero esto representa la convergencia de muchas ciencias, cuyo valor de perfección se aproxima más al ideal, en proporción de su correlatividad". No queremos olvidar aquí las palabras de Geny: "conocer el Derecho implica una concepción del universo" y, por ello, queremos presentar esta entrega de lo jurídico buscando el contenido de la vida y, por tanto, explicando dicho contenido a través de todas las ciencias en la exacta correlación de las mismas.

Después de lo expuesto, sobre que el hombre es sujeto de ciencias diferentes, queda clara la necesidad de amplia intervención de todos los científicos como necesarios, para el caso jurídico de que se trate, aclarando la verdad como testigos técnicos o peritos.

Planteándose muy cuerdamente Tibaldi que el problema fundamental para poder exigir la responsabilidad de una conducta está en conocer la capacidad del individuo, o sea, su imputabilidad como base de una culpabilidad con fundamento en el libre albedrío y, aun cuando quiera desentenderse de éste (lo que no nos explicamos admitiendo el método que yo sigo), centra esta cuestión, como es natural, en el dictamen médico. Ello nos parece exacto. He aquí, con toda su amplitud, el dictamen médico como examen psiquiátrico, incluso el del psicólogo y, naturalmente el del pedagogo, que han de tener estos conocimientos.

Basando la culpabilidad en la teoría normativo-psicológica o psi-

cológico-normativa, lo que también admitimos como cierto, nos lleva de la mano a precisar nuestro método y el concepto que nosotros tenemos de las normas jurídicas.

Para ello tenemos que recurrir a la precisión del gran Dorado Montero, al que consideramos como el mejor definidor de la dogmática jurídica en la concepción que actualmente le queremos dar y que ciertamente tiene²⁷. Dice así en su *Psicología Criminal*: “parece que los doctos van reconociendo la necesidad, cada vez mayor, de que la jurisprudencia adquiera carácter científico o, mejor dicho, filosófico y la consiguiente precisión de que los juristas se armen con la indispensable cultura para poder acometer tal trabajo. La práctica del Derecho se considera de día en día más digna de censura como no sea capaz de levantarse algunos codos sobre el puro aprendizaje mecánico, el comentario estéril y la aplicación rutinaria y servil de los textos legales. No buscar el Derecho fuera de éstos y por encima de éstos, según algunos proponen; se desea, cuando menos, que el jurista —aplicando a su oficio la conocida fórmula en que Ihering resumía las funciones del historiador y, en general, el estudio del Derecho romano— sepa sí mirar al Código a que tiene que dar realidad concreta, pero también penetrar a través de ello y llegar a todos sus escondrijos saturados de espíritu viviente para sorprender las innumerables relaciones latentes en sus renglones, y las cuales, no por hallarse invisibles a primera vista, dejan, sin embargo, de presentarse hasta con remarcado relieve ante los ojos del observador perspicaz que los clava en ellas”.

VULGARIZACIÓN JURÍDICO PENAL.—NOCIÓN DEL DELITO²⁸

Hemos de partir de que este trabajo de vulgarización científica, de vulgarización del Derecho Penal, pero a personas cultas, a personas científicas y de distintos campos, representa todo lo contrario, o sea, la necesidad de que los científicos vulgaricen sus conocimientos para la comprensión del jurista, del hombre de Derecho que, imprescindiblemente, tiene que manejarlos. Pero, a su vez, todo hombre, por el hecho de ser hombre, vive inmerso en el mundo del

²⁷ MANUEL SERRANO RODRÍGUEZ: *Ciencias Penales y Derecho Penal*. Ya citado.

²⁸ Hacemos esta exposición siguiendo el libro de mi maestro, el profesor Cuello Calón, como base para la claridad de estos conceptos, perfectamente explicados para los alumnos y, por tanto, de donde hay que partir para una fácil comprensión. Teniendo en cuenta que son los primeros pasos que dan en la materia, y que este discurso tiene carácter de amplitud para personas cultas, pero no especializadas en Derecho, creemos que la mejor forma de entender este problema es partir de esta aclaración previa.

Derecho. Si, a su vez, también el hombre de ciencia, imprescindiblemente, tiene que tener mente directiva, e implícitamente está en ello en cuanto "la mente es la que agita a la masa", todo científico o técnico está realizando actos de dirección buscando el camino recto de encontrar la verdad.

Veremos más tarde que lejos de que nuestro pensamiento está en enseñar lo que sea Derecho, porque, por propia naturaleza, el hombre tiene sentido de lo recto, lo que pedimos es la ayuda del científico o del técnico en cualquier aspecto para aclarar los conceptos que sirven de base al Derecho. Pero el concepto que se tiene del Derecho, incluso por personas cultas, no es ciertamente muy exacto, como puede no ser muy exacto el conocimiento que tenga un jurista de la física o de la química. Por eso me opongo, en otros trabajos míos, a que la enseñanza del Bachillerato no se complete en una medida media de todo lo cultural²⁹.

Pero, así como en todos los planes del Bachillerato se explican todas las materias, he observado que la materia de Derecho realmente no suele tratarse, pues, incluso aun cuando haya existido en los planes (como la asignatura de Etica y Derecho), se explica más Etica que Derecho o, al menos, así lo he vivido yo y he podido percibirlo en otros.

Lo que más se aproxima al estudio del Derecho es la moral, la filosofía, la política y, naturalmente, la ética. Pero la precisión, al menos del Derecho, con una idea elemental, no suele recogerse en las enseñanzas. De ahí que este concepto no está claro aun en los estudiosos no especialistas, ni aun en los mismos estudiantes que se dirigen a la carrera de Derecho, y se originen desviaciones eligiéndose la especialidad jurídica muchas veces por creer que la diferencia está en tener más o menos memoria, sin darse cuenta, de que con independencia de que la ciencia debe relacionar los conocimientos, hace mucha más falta la memoria para estudiar química o anatomía que, propiamente, derecho, salvo que se entienda lo que no es. Se cree que el saber Derecho es aprenderse unos temas o unos artículos de memoria y repetirlos como un gramófono. Si eso fuese así, la identidad con aprenderse los huesos y órganos del cuerpo humano, sería total.

Por eso me voy a permitir hacer unas aclaraciones que sitúen el problema y, para ello, voy a recoger un ejemplo vivido por la experiencia en relación con la música.

Muchas veces se habla de incultura musical, porque hay a quien

²⁹ Véase mi trabajo sobre *Ordenación Profesional de la Juventud*.

no le gusta la música clásica y sí la llamada popular. Pero yo creo que, aparte de la intuición y de las aptitudes que indudablemente existen en los distintos individuos, la música se entiende o se comprende, además de sentirla, por educación y por vivencias. Un pasodoble repetido muchas veces no nos dice nada, salvo en lo referente al momento en que se oyó, identificando la música con aquello que vivimos, aun cuando a veces no tenga relación, o sea, en una realidad de nuestra vida.

Por eso permitidme que antes de entrar en el tema, haga una aclaración del objeto de nuestro estudio o disertación.

El delito, por propio sentido vulgar y por conciencia del mal, sabemos que es una acción humana. Pero esta acción, con todas sus consecuencias (para garantía del individuo), debe estar fijada con precisión y claridad en los Códigos, precisamente para que el hombre capaz, el ciudadano, sepa a qué atenerse. Expresión clara y concreta en los Códigos de lo que es delito. Esto, con relación al Derecho Penal, tiene que ser concretado y precisado. No así en otras ramas del Derecho. Y en Derecho Penal se le llama "principio de la legalidad de los delitos y de las penas". Es decir, que nadie puede ser castigado por otros hechos que no estén específicamente determinados en los Códigos Penales o, mejor dicho, en el Código y Leyes Penales. La idea de tipicidad, o sea, que el hecho se ajuste al tipo legal, nos aclara lo dicho anteriormente. Pero el tipo, para entendernos, se basa en lo antijurídico, es decir, en lo opuesto a una norma jurídica.

Ello representa que el legislador, al crear los tipos, se basa en el hecho malo, con fundamento, no en su voluntad, o sea, en la voluntad del legislador, sino en un Derecho superior. Pero en los tipos se recogen lo justo y lo injusto. Matar a un hombre es antijurídico, si no es en legítima defensa, pongamos como ejemplo. Por eso se dice, o se discute, si el tipo describe y la norma valora. Esta valoración, se dice también, es lo antijurídico, pero no entendemos como las llamadas excepciones, o reglas negativas, al ser valorativas y estar recogidas en el tipo, aun cuando sea dando un rodeo, pueden quedar excluidas del mismo. Por ello, para entendernos, creemos que el tipo lo es todo, entendido en la relación total de un sistema jurídico.

Por tanto, el delito es una acción típicamente antijurídica y, además (este es otro de los elementos del delito), culpable. No entramos aquí en la consideración de implicar la culpabilidad en la acción o de separarla, porque esto complica y no es necesario, ya que también, por otra parte, en otro trabajos míos expongo mi opinión.

La culpabilidad puede concretarse en lo que nosotros vulgarmente entendemos como intención, o sea, que el acto sea intencional o querido en toda su intensidad y extensión para obtener un resultado o que, por falta de diligencia, en los casos en que podemos evitar un resultado dañoso, por nuestra actividad imprudente, causemos tal resultado. También se incluyen esas posiciones intermedias en las que se quiere causar un mal menor y, por concatenación de causas y condiciones, se causa un mal mayor del querido. Punto éste muy esencial, a los efectos de la valoración del hecho.

Yo sé que todo esto, para los no técnicos en Derecho, os parecerá muy sencillo, pero lo cierto es que tiene muchas complicaciones. Posiblemente a algún jurista le parecerá impreciso si lo somete a demasiada consideración estrictamente jurídico penal. Pero esta idea la doy para mayor claridad de un auditorio culto aunque no sea especialista.

Naturalmente que, además de los caracteres o elementos que acaban de exponerse sobre el hecho al que llamamos delito, éste ha de ser punible, o sea, castigado con una pena. Por tanto, la punibilidad es la que establece el carácter de antijuricidad de un acto o resultado en el sentido propiamente penal. Pero obsérvese que hemos dicho que el acto ha de ser culpable, de modo que si es antijurídico, pero no es culpable, aun cuando la antijuricidad está castigada, lo está si ese acto fue realizado con intención o negligencia, lo cual va a hacer pensar en seguida que, si ello es así, la antijuricidad está unida o implicada con la culpabilidad. Es decir, que no hay injusto si no hay culpabilidad. Para entendernos, y separar tales posiciones, podemos expresarlo en el sentido de lo "objetivo y subjetivo", correspondiendo la objetividad a la norma, esto es, a la antijuricidad, y lo subjetivo a la culpabilidad. O sea, que un daño, un mal causado por una persona a otra en su vida o integridad corporal o en sus bienes, sin intención ni imprudencia, esto es, lo que llamamos caso fortuito (y aquí está el entronque fundamental entre antijurídico y culpable), podemos considerarlo también como antijuricidad. A vuestra consideración os lo dejo, porque, sobre esto, se han llenado muchas páginas.

Hemos dicho, opinión que Mezger recoge también, que el tipo lo era todo y que, no obstante, dentro del tipo pueden distinguirse sus distintos componentes. Ello es muy esencial porque, si algunas veces se produce confusión, ésta aparece con mucha frecuencia como imposibilidad de distinguir lo antijurídico y lo culpable. En las líneas anteriores, vamos marcando esta diferencia. En otros puntos

del trabajo volveremos a insistir sobre el hecho e inmediatamente, a continuación, vamos a seguir tratando de aclarar este punto. No queremos dejar de advertir que muchas de las repeticiones, que indudablemente existen en este discurso, obedecen, por una parte, a las repeticiones que el propio Beling nos va exponiendo en su condensado trabajo y, por otra, a que la falta de tiempo me ha impedido, en cierto modo, unificarlas sistemáticamente. En la ampliación de este trabajo trataré de sistematizarlo de otro modo.

Para seguir aclarando la diferencia entre antijuricidad y culpabilidad, tenemos que partir de la inimputabilidad, que es lo que más nos aclara el problema en principio, sin perjuicio de darnos cuenta de que la situación de error que resuelve el *Tatbestand*, aun siendo en relación a un individuo imputable, también nos da la idea de una antijuricidad sin culpabilidad, con lo cual la diferencia es perfecta. Pero como esto es lo que resuelve el trabajo, vamos a partir de la idea que a continuación exponemos, para ver con mayor precisión la diferencia entre culpabilidad y antijuricidad y, a su vez, precisar ésta, partiendo de la idea de daño, que también se aclara más adelante, para darnos cuenta de la diferencia entre daño e injusto.

Solamente podría verse el acto antijurídico, o antijuricidad objetiva (sin poder atribuir al acto el carácter de culpabilidad), si estimamos que un inimputable, o sea, un loco, puede cometer "intencionalmente" o "negligentemente" un acto delictivo. Y en ese punto central vamos a ir viendo la necesidad de llamar a nuestra Ciencia a los científicos o técnicos de otra. Este es un punto de entronque con otros que vamos a ir viendo. Se reduce a saber si la característica de la acción humana, acción culpable para entendernos (aun cuando yo creo que están implicadas una en la otra, o son la misma cosa), puede o no llamarse acción si esa acción no es libre, con la libertad que nosotros entendemos, y que no ya en la conciencia vulgar, sino en la científica del psicólogo, del psiquiatra, etc., se entiende por acción libre. Es decir que identificando, como identifica el Código (en su art. 1.º) voluntad con culpabilidad, aun cuando no emplee esta palabra, o sea culpabilidad, tenemos que asegurarnos que la voluntad del sujeto activo, o sea, del autor del hecho está basada en una imputabilidad completa o plena capacidad.

Es, por tanto, el delito una acción humana "típicamente antijurídica" y "típicamente culpable", si bien, esta culpabilidad no está expresada o definida en el Código. Se deja a una valoración cultural, empírico cultural o científica. Y aquí, vuelvo a insistir, va a tener entrada el científico de todos los campos para decirnos si el autor del hecho era normal o no, o estaba o no en situación normal.

Mas tal actividad humana, recogida en el Código con la mayor precisión, tiene que estar dirigida a la lesión de un bien y, por ello, indica que está protegido por el Derecho. Entender aquí que a eso lo llamamos objeto del delito es de una claridad meridiana. El hombre muerto o la cosa robada son ejemplos aclaratorios. La ley procesal dice que: en caso de robo o hurto "es preciso probar la pre-existencia de los objetos robados" y, naturalmente, a todo el mundo se le alcanza que, en caso de acusar a un individuo de la muerte de otro, lo primero que habrá que probar es que el hombre existió y que, además, está muerto. Este es el objeto del delito que, a veces, quiere confundirse con el cuerpo del delito o *corpus delicti* y que, a mi juicio, muy acertadamente, precisando las expresiones de la ley procesal, se determina científicamente su diferencia, muy necesaria, como vamos a ver inmediatamente. Pero sí hemos dicho que, en el estudio del autor del hecho, su capacidad o su normalidad ha de ser imprescindiblemente valorada por otras ciencias y no hay duda de que también es necesaria su intervención para precisar el auténtico *corpus delicti* (partiendo del objeto del delito) del cual nació el *Tatbestand*. Son puntos que debemos aclarar porque los vamos a manejar después.

Se dice, y con razón, que fijar con toda precisión los tipos penales es una garantía de la libertad del individuo y, por tanto, evita la arbitrariedad judicial. Pero no es menos cierto que con el cuerpo del delito, o *corpus delicti*, también se evita esto, o sea, la arbitrariedad judicial, porque es necesario probar la indudable realización del hecho que está tipificado en la ley. Una confesión arrancada a la fuerza, o la importancia de un hecho como, por ejemplo, la muerte de un individuo que se ha trasladado de lugar, o que él mismo ha fingido para perjudicar a otro huyendo de ese lugar, sería absurdo ponerlas a cuenta del supuesto autor, si no se halla el cuerpo muerto. Naturalmente que esto no puede llevarse a tal extremo y hay que saber matizar cuando las pruebas son indubitables y el propio autor del hecho ha tratado de no dejar rastro de su acto criminal. Ello se ve más claro aún si la cosa robada o hurtada ha sido consumida y, prácticamente, no quedan vestigios. Es muy difícil explicarlo todo y lo que queda a la sombra, como decía aquella expresión de Tarquino, debe ser suplido por vuestra cultura.

Pues bien, no creo que haya duda de que en estos procedimientos de averiguar, no ya la existencia del objeto, sino su cambio de situación (como es el caso del hombre muerto o de la cosa robada y los medios que se emplearán para tal resultado), deben ser analizados por los científicos o especialistas de otras Ciencias que no

sean juristas. A esto se le llama prueba legal y así como en Derecho Civil el juez sólo debe atenerse a lo alegado y probado (es decir, que si a un sujeto se le deben cincuenta mil pesetas y él sólo reclama veinticinco mil y presenta el recibo de éstas, el juez no tiene por qué entrar en más averiguaciones), en cambio, en lo penal, se dice que el juez está obligado a buscar la verdad material del hecho. Esto es lo que venimos diciendo en relación con el objeto del delito y el *corpus delicti*. Es decir, si una persona se presenta como autora de un hecho, incluso por confesión espontánea, el juez debe averiguar si tal hecho se produjo o no se produjo. Pero veníamos hablando de *objeto del delito* y de *cuerpo del delito*, sin aclarar lo que esto sea, lo cual puede confundirse. Veamos la diferencia, que nos va a aclarar, una vez más, la intervención del científico o del que llamamos científico.

EL CORPUS DELICTI.—SER Y SENTIDO.

Para entender cuanto llevamos dicho, y lo que a continuación exponemos, tenemos que fijar la idea de *corpus delicti*, de *ser* y *sentido*, sobre lo que insistiremos en otros puntos y así veremos cómo a través del *corpus delicti* se descubre al criminal a base de una estricta culpabilidad, o de la carencia de ella, precisamente, si el individuo es anormal o enajenado completo, teniendo en cuenta el modo de operar del autor. En términos policiales suele decirse, aun cuando en un sentido más reducido, que el delincuente "deja la tarjeta de visita". Es el modo de operar del autor.

El *corpus delicti* no es solamente el objeto del delito, o sea, el hombre muerto, sino el objeto más los instrumentos. Ello es fácil de entender si pensamos, como tengo explicado en otros trabajos, en la idea de cuerpo y alma y, precisamente, en la unión de lo instrumental con el resultado obtenido sobre el objeto. Esto nos da la idea de "cuerpo", como ser y sentido. Un hombre muerto puede serlo por otro, por un animal, por un rayo, o por enfermedad, es decir, en este último caso, de un modo natural. Si lo encontramos así, la actividad judicial se despliega inmediatamente y entran los medios científicos para averiguar la causa de la muerte. Es decir, se busca la causa eficiente en la realización de ese resultado o causa final. La acción, o mejor dicho, la causa que lo produjo puede ser física o química y para mayor comprensión puede ser producido también naturalmente, o porque haya intervenido la mano del hombre. Y la mano del hombre puede intervenir con intención o con negligencia. Un rayo es una causa física; tomar una seta envenenada es una causa, podríamos decir, físico-química; y matar a una

persona con un palo o una pistola, o poner un veneno en el vaso de la víctima, es también físico-química, pero hay una actividad humana que es preciso analizar. Atropellar a una persona con un automóvil es otro ejemplo claro. El hombre muerto, en cualquiera de estos casos, es un hombre muerto, sin más, pero varía por completo la calificación jurídica, no ya cuando el juez se desentiende del caso (al ser el sujeto muerto por causas naturales), sino cuando, probado que fue por la actividad del hombre, dicha actividad obedeció a intención (a lo que llamamos dolo), o a negligencia (a lo que llamamos culpa). Realmente, avanzando un paso más en uno y otro caso, el instrumento puede ser el mismo y, por tanto, la relación causal idéntica. Para entendernos: una persona puede matar a otra con su automóvil con plena voluntad lanzándose contra él, o bien por negligencia, falta de prudencia o imprudencia. Incluso puede matarlo en las mismas condiciones y darse el caso fortuito. Los ejemplos pueden extenderse a otros casos como el empleo de un arma. Matizar todo esto es difícil, principalmente en los casos dudosos, y aun en los claros, es preciso afinar mucho. Y es más difícil cuando no hay testigos presenciales y la víctima muere, siendo el autor el único que puede decir la verdad o encubrirla. Entonces, imprescindiblemente, el juez (y así lo dice la ley procesal), ante la falta de testigos presenciales tiene que recurrir al testigo técnico, que es al que propiamente llamamos perito. Y vamos viendo, otra vez, la intervención de los científicos en los casos sometidos a la autoridad judicial. No se crea que éstos no han de intervenir en el caso de testigos presenciales, y aun en la confesión de la víctima, para esclarecer la causa eficiente que esté en el autor y el grado de voluntad o intencionalidad o negligencia, o la falta de todo ello para establecer la relación de causa a efecto.

Vemos, por tanto, cómo la idea de cuerpo del delito, compuesta de objeto del delito e instrumento del delito, se aclara mediante una realidad material y, podemos decir, una forma sustancial. Aclaremos: Se dice que el alma es la forma sustancial del cuerpo y, por eso, un hombre muerto no es una persona, sino un cadáver. Aquí los términos se han invertido y, para esclarecerlo, vamos a recurrir a las cuatro causas de Aristóteles: Causa eficiente, causa material, causa formal y causa final. En el hombre vivo, la forma sustancial, proyección de la causa eficiente, está en Dios. La causa material es la materia, o sea, la parte somática o corpórea a la que Dios infunde el alma. La causa final no es el tránsito por la vida terrena, sino su salvación volviendo al Ser que le ha creado. En el hombre muerto la causa eficiente es el sujeto activo que le mata; la causa, podemos decir, material, invirtiendo los términos, es el hombre vivo; la causa

formal el hombre muerto; y la causa final lo que podemos llamar agotamiento, o sea, el motivo y la satisfacción que experimenta el autor, si el delito es doloso, en la realización del hecho. Por eso la causa formal, en un hecho delictivo, es lo que podemos llamar consumación, y el agotamiento lo que, auténticamente, podemos llamar causa final que aclara mucho o, mejor dicho, todo en relación con la acción finalista, principalmente con referencia a la culpa.

Teniendo en cuenta que el instrumento es manejado, o tiene que ser manejado, en el caso de delito, por la actividad de un hombre, el esclarecer todo esto es tan fundamental que la llamada del técnico para decirnos todo el valor del cuerpo del delito (en el que yace el alma del autor), aun cuando sea en un sentido negativo, es fundamentalmente esencial.

En uno de nuestros trabajos³⁰ hablamos del *campo único de Heisenberg*, en relación con otros a los que nos estamos refiriendo constantemente en este discurso. También hablamos de la teoría de Staudeing en relación con el finalismo, así como, por tanto, en relación con el *ser y sentido*³¹.

TIPO AUTOR: SU DESCUBRIMIENTO.

Pero refiriéndonos ahora a Heisenberg, en un comentario del Padre Zarco sobre el mismo (o sea, sobre la teoría del citado autor y la función matemática) nos dice que Guy Lefranc, sirviéndose de una comparación policíaca afirma que el detective ha podido determinar que la muerte de la víctima no era natural, sino consecuencia de un crimen. Tras esta comprobación, el policía ha podido precisar las características del asesinato en número suficiente para trazar de él "un retrato-robot psicológico que le define de manera satisfactoria y hace abrigar, por tanto, la esperanza de capturarlo un día". Como nosotros desconocemos toda la teoría, porque tenemos que ser sinceros, y esto está recogido de un artículo de divulgación científica, no podemos precisar demasiado. Pero sí aseguramos que ello tiene mucha relación con lo que venimos exponiendo, y al final posiblemente nos aclare el tipo de autor en la medida que nosotros lo concebimos. Pero la idea de función nos aclara mucho en relación con las constantes y variables en el problema funcional, ya que, en orden al delito como en orden a la enfermedad, se habla de cons-

³⁰ MANUEL SERRANO RODRÍGUEZ: *Dogmatismo y Culpabilidad*. Citado.

³¹ MANUEL SERRANO RODRÍGUEZ: *Ciencias Penales y Derecho Penal*. Citado.

tantes y variables. Y, como luego vamos a aclarar en relación al *Tatbestand*, Beling expresa su carácter no solamente funcional, sino neutro, lo que va a tener mucho interés sobre el punto que nosotros estamos desarrollando³².

Vamos a precisar. En líneas anteriores hemos hablado de que, en el cuerpo del delito, yace el alma del autor. Si relacionásemos esto con lo expuesto por Guy Lefranc sobre el retrato-robot, descubriendo características psicológicas, veremos exactamente cuanto queremos decir.

Al *Tatbestand* no se le señala como el que ha de precisar lo antijurídico y lo culpable, ya que ello corresponde a la parte especial (o, mejor dicho, a la especificación completa, en cada caso, del delito), pero sirve, en expresión del autor, para unificar estos dos caracteres del delito o, si se quiere, todos los elementos del delito y determinar, concretamente, si el acto cometido es o no delito³³.

³² Nos referimos al tipo autor; insistimos en el sentido de culpabilidad, o sea, del actuar del hombre normal o anormal, según su modo de obrar o de operar con el instrumento, o con la parte instrumental, ya que, por tanto, al tratarse del "corpus delicti" descubrimos el sentido del acto humano para averiguar el autor del mismo. Nada tiene que ver cuanto decimos con una indeterminación de culpabilidad, ni con un problema de peligrosidad antedelicuosa, incluso con lo que suceda después del delito. Esto es otro problema. Si, a través del modo de operación, se descubre una mayor peligrosidad, plasmada en el acto mismo, este es otro detalle de precisión en cuanto al tipo autor, o sea, a la individualidad del autor en su modo de operación. Es la posibilidad de seguir el rastro, a los reincidentes y reiterantes.

³³ Vamos a hablar mucho del "Tatbestand" en este trabajo. Unas veces diremos "Tatbestand" y otras "Tatbestand legal". Si hay alguna omisión, en cuanto al calificativo de legal, obedece a que puede tomarse, en principio, como "los acaecidos" en general, o el "acaecido"; y luego, cuando ya decimos legal, nos referimos a que el hecho o resultado sea producido por la acción del hombre. Digamos pues, para entender, que el hecho o "acaecido" es el "sucedido" de la vida real al que hay que buscar y precisar en su causa, concretándola a la acción humana, sin entrar de momento en más.

He pensado muchas veces si, para entender el "Tatbestand", tendríamos que recurrir a una expresión vulgar, pero muy certera, en el modo de operación de ciertos trabajos manuales, y expresados en un lenguaje vulgar, pero que precisan mucho el concepto. Cuando en mi infancia, y aún en mi juventud, veía trabajar los albañiles en mi casa, siempre tomando un punto de referencia les oía decir la frase: "lo que manda es esto". Pero principalmente, en el campo, en la labranza, oía decir la misma expresión con referencia al clavijero puesto en el timón del arado romano. Y así cuando no se daba la suficiente profundidad al surco, el mayoral, dirigiéndose al que comenzaba a aprender a labrar, le decía: "no manda la manquera, sino el clavijero": "esto es lo que manda"; y, precisamente, porque era el regulador, como lo es el "Tatbestand". Si meditamos sobre ello nos daremos cuenta de toda la idea del "Tatbestand" y del "corpus delicti", viendo cómo se antepone a los tipos que regula, pues la profundidad u objetividad del surco está relacionada con la intencionalidad del que dirige la manquera, pero, todo ello, en una unidad recíproca, responde a cuanto nosotros queremos decir.

Si el delito se basa o tiene que ser acción humana, y, más concretamente, cuando hay resultado lesivo, este resultado es producido por esa acción humana, nos daremos cuenta de que el *Tatbestand* existe inicialmente de un modo general y, por eso, es neutro, aun cuando el hecho acaecido, o resultado, sea producido por fuerzas de la naturaleza, como dijimos antes, por el rayo o por la propia enfermedad. Esto es lo que creo quiere decir Beling cuando afirma que el *Tatbestand* es neutro, sin carácter valorativo.

Lo que ocurre es que, indudablemente, la investigación del hecho, por parte del hombre, busca la causa de aquella muerte, desentendiéndose, como antes se ha dicho, de si esta causa es la expresada anteriormente como causa natural. Se busca, por tanto, la causa eficiente. La muerte de un hombre, o la cosa sustraída o, más claro, la cosa cambiada de lugar es el *Tatbestand legal*, y lo es porque a la ley, de todos los "sucesidos", sólo interesa el producido por la acción humana.

Hemos dicho en otro trabajo³⁴ que Platón nos puso en camino de entender el *Tatbestand*, así como señalamos a Whitehead y, sin duda, a Russel. Pero creemos que Beling tomó como base a Kant para elaborar el *Tatbestand*. Consideramos, por tanto, que lo kantiano, en boga en aquella época, fue decisivo para Beling.

Con independencia de plantear ahora la crítica sobre las ideas kantianas, lo que sí podemos decir es que la idea de Kant sobre la naturaleza en sí, o la concepción de la naturaleza, según esquemas mentales humanos, nos sirve perfectamente para lo que estamos trabajando y, creemos, para esclarecer la idea de Beling. Porque no se trata de buscar en la naturaleza los elementos espirituales, sino simplemente en un hecho concreto que puede ser producido, o no, por una actividad humana y, por tanto, espiritual. Por eso, nos vale la concepción de Kant y sus sucesores cuando conciben la finalidad, no como un principio constitutivo de lo real, sino como principio regulador de la facultad de juzgar que investiga y busca la unidad. Creo que Beling tuvo tal pensamiento, al exponer su *Tatbestand*, por dos cosas que son propiamente una. Precisamente a base del *Tatbestand*, como principio regulador, pueden unificarse todos los demás elementos del delito. La cosa queda clara para el especialista en Derecho Penal, a mi juicio, e igualmente, para todo científico y, por ello, nos va a valer para la solución del problema, porque el carácter neutro del *Tatbestand* es como un árbitro, como un juez en

³⁴ *Universalidad del Derecho y Unidad de la Ciencia*. Citado.

sí mismo, que a través de su concepto, o del concepto que le da Beling de "vacío de contenido", va a expresar todos los contenidos posibles y, entre ellos, el contenido de lo antijurídico y el contenido de la culpabilidad. Por ello es el punto de coincidencia o discrepancia de lo objetivo con lo subjetivo y, a través del tipo, se va a distinguir lo antijurídico del tipo, y también lo jurídico, como puede distinguirse la culpabilidad de la antijuricidad.

No olvidemos que a través del parágrafo 59 del Código alemán, sobre el cual Beling trabajó el *Tatbestand*, por estar recogida dicha palabra en el citado artículo, se trata clara y sencillamente del estudio del error en la conducta humana, pues claramente se expresa: "al que ignorese al cometer la acción punible la existencia de circunstancias de hecho pertenecientes al *Tatbestand legal*, o que agravan la penalidad, no le serán imputadas"³⁵.

JUICIO DERIVADO

Se asegura, por la doctrina corriente, que el juicio de culpabilidad es un juicio derivado y que dicho juicio lleva consigo, por tanto, el conocimiento de lo injusto, o sea, el conocimiento potencial de la norma y que, tan solo con la ayuda de la norma, cabe separar el error de hecho, o sea, del tipo, del error de prohibición, es decir, de lo antijurídico. Quiere decir esto, y queremos exponerlo con mayor claridad, que si el sujeto activo de un hecho que tiene apariencias delictuosas ignora dicho hecho, naturalmente, no tiene que plantearse si tal hecho está cobijado por la norma jurídica. Con un ejemplo lo aclararemos: Sabemos que matar a un hombre está prohibido por la ley, pero si ignoramos que sobre lo que disparamos es un hombre y creemos de buena fe que es un animal, nuestro juicio ha sido erróneo, y nuestro juicio de culpabilidad derivado de la antijuricidad, o sea, de que esté prohibido, es también posterior al juicio sobre el hecho. Creo que, con este ejemplo, nos vamos entendiendo. Pero el hombre muerto, como objeto material del delito, nos da la base de la aclaración con fundamento en el *Tatbestand*,

³⁵ Como se ve, y por lo dicho anteriormente en este artículo del Código Penal alemán, se recoge la palabra "*Tatbestand*", como "*Tatbestand legal*", que después de lo expuesto se comprende que es el "acaecido" o, mejor dicho, el concepto que espera ser llenado con un hecho real producido por la actividad humana. Como puede ignorarse el hecho, o la objetividad real del mundo circundante, por parte del sujeto activo a que se refiere el "*Tatbestand*", nos damos cuenta de lo que éste sea. Lo aclararemos en otros lugares con el ejemplo que aquí repetimos: disparar sobre un objeto que se cree un animal y resulta ser un hombre.

como concepto vacío de contenido y con carácter regulador, y no constitutivo, de lo real. Y nos va a determinar con toda claridad la finalidad que, en este punto concreto, nos va a precisar la idea de delito, valiéndonos de la idea kantiana, aun cuando sea en sentido contrario. Esto queda perfectamente aclarado si nos fijamos en que Beling dice, refiriéndose para aclarar el ejemplo al asesinato, que el *Tatbestand* no es el primer elemento constitutivo del asesinato, sino la acción humana que se ajusta a ese *Tatbestand*, pues éste es meramente regulador.

Al plantearse Kant el problema de la naturaleza en sí, o de si sólo era la naturaleza lo que se presentaba ante nuestras categorías mentales, empleó los términos "constitutivo" y "regulativo". Ello nos sirve perfectamente para el *Tatbestand*, porque lo "constitutivo" es precisamente lo que habiéndose producido en la realidad, como en el caso de la muerte, la actividad del hombre que la produce, es descubierta a través de lo "regulativo", lo que nos sirve para experiencias posibles, pero que, en este caso concreto, cuando se trata de averiguar la muerte de un hombre y, por verificación científica, esa posibilidad como futuro, o sea la forma de obrar para hacer algo en un futuro, está ligada con la experiencia de lo pasado. Por eso el *Tatbestand* nace del *corpus delicti*.

Vemos, por tanto, el juicio derivando del hecho al Derecho, y del Derecho a la culpabilidad.

Como no tienen valor los hechos que son atípicos, es decir, los que no están recogidos por el Derecho (después de plantearse la diferencia entre tipicidad y antijuricidad, asegurando que la primera describe y la segunda valora), tiene que admitirse que a los efectos del Derecho Penal, hemos de decir que la antijuricidad ha de estar tipificada, con lo cual aparece una contradicción si, identificando tipicidad con *Tatbestand*, se considera a éste como meramente descriptivo sin valor alguno, vacío de contenido, y esperando todas las valoraciones, por lo que resulta una contradicción. Es decir, no se trata, en el tipo, de decir que, v. gr., el hombre ha muerto, sino de examinar el art. 407 de nuestro Código Penal que dice: "El que matare a otro será castigado como homicida con la pena de reclusión menor".

¿Cómo aclaramos este aparente contrasentido de que, inicialmente, el tipo no lleva en sí la antijuricidad? A mi juicio de un modo claro, pensando simplemente que el *Tatbestand* nace en el seno de lo procesal.

Cuando, al pasar al Derecho sustantivo, se dice que adquiere autonomía es, precisamente, porque en los tipos se perfila y concreta

el carácter antijurídico del hecho que, inicialmente, en la ley procesal puede no existir. Si nos fijamos en que el *Tatbestand* es neutro en lo procesal, porque la autoridad judicial debe intervenir en cualquier hecho, sea cualquiera la causa que lo produzca, hasta analizar que dicha causa es la mano del hombre, ello nos lleva inmediatamente al artículo citado que expresa claramente "El que matare a otro...", y ya el que matare es, o tiene que ser, otro hombre.

Por eso Beling, al hacer el análisis del *Tatbestand* dice que éste no puede entenderse sin los tipos de la parte especial, o sea, en el ejemplo del artículo que antes hemos citado, sólo a posteriori; esto es, con el análisis de los tipos de la parte especial se puede precisar el *Tatbestand*. Los tipos están acuñados por el legislador, según expresión del autor de la teoría, en primer lugar, en referencia a la antijuricidad y, naturalmente, tiene que contar después la culpabilidad, como el propio autor señala.

Ahora bien, queda claro, para que nos entendamos, que la tipicidad recoge imprescindiblemente la antijuricidad mediante las comunicaciones penales y se va a plantear con toda claridad, se diga lo que se diga, no sólo que todos los elementos del tipo son normativos, sino que el tipo lo es todo. Pero para esto necesitamos una explicación previa.

LO NORMATIVO Y EL MÉTODO

Se entiende por normativo, en el sentido vulgar y en el sentido científico, todo aquello, valga la expresión, que nos normativiza. Por eso se dice que la ciencia se impone sus propias normas. Pero ello no puede ser sin relación a su fin y, por tanto, con su objetivo. La ciencia, según dice Thomson, se impone una norma en consideración a su propio objeto, pero lo que presta al estudio el carácter científico, dice el citado autor, no es la naturaleza de las cosas que trata, sino el método que se aplica para el conocimiento de las mismas. No vamos a entrar aquí en el análisis de este problema, pero sí decir que, en principio, es la naturaleza de las cosas la que lleva en sí la norma, que nos normativiza, precisamente, para dominarla. Si pensamos en lo dicho con relación al método jurídico, con su base en las demás ciencias, veremos con toda claridad cuanto queremos decir. Lo que caracteriza a toda ciencia, según Thomson, no es la naturaleza de las cosas, sino el método, por tanto, observemos que, para llegar a una conclusión jurídica, el método, en lo jurídico, no puede apartarse del método de otras ciencias, si no solamente en la medida que la ley exige para su propio objeto. Lo hemos dicho en

otros trabajos³⁶ cuando hablamos de la delimitación de la voluntad en relación con el delito, que viene a ser, o es, como la delimitación del *Tatbestand legal*. Pero, además, se dice que la ciencia debe abarcar sólo aquello que puede ser expresado y comprobado. Todo ello nos viene a demostrar la necesidad del científico y como el *Tatbestand legal* nace del *corpus delicti*, precisamente, como comprobación científica.

El método, para descubrir la verdad, no es otra cosa que el procedimiento para actuar sobre las cosas, pero ajustándose a las cosas mismas, para variarlas y dominarlas, siguiendo la clara idea de Bacon sobre las leyes de la naturaleza. Todo ello se resuelve además si pensamos cómo el instrumento, según dice Dewey, es necesario cambiarlo, con arreglo a la naturaleza de la cosa misma, para dominarla. Si aquí no vemos la idea de *corpus delicti*, el modo de operar del autor, y como precisamente de todo ello nace y se precisa el *Tatbestand*, no podemos ver nada.

A través del método, dirigiéndonos a las demás ciencias, vamos viendo la verdad. Se trata de descubrir el sentido del autor plasmado en el objeto y, a través de él, descubrir el acto mismo. Creo que lo dicho anteriormente se aclara con lo que tengo recogido en mi citado trabajo³⁷. Digo así: "Las cosas tienen un *ser* y un *sentido* y, como el sentido está contenido en el ser, las ciencias que estudian los problemas desde distintos puntos de vista para encontrarles una explicación, que es lo esencial, han de unirse, y así la biología busca el sentido de las cosas que representa la unidad de fin como algo espiritual, y el Derecho, que es en resumen ciencia normativa y, por tanto, basada en el libre arbitrio, o sea, espiritualista en esencia, ha de tener en cuenta la materia sobre la que reposan las facultades superiores del hombre. Por ello, para buscar el sentido de los actos humanos, desbrozan de la materia que le sirve de soporte, y del ambiente en que se desarrollan, lo que de libres pueden tener, sin que esto quiera decir que las actuaciones, obedeciendo a algo de peso, carezcan también de sentido, pero valoradas en la medida que el Creador estableció las leyes de la Naturaleza".

Todo ello, como vemos, aclara el *ser* y el *sentido*, naturalmente unificados y separados a base de la forma existencial, así como la unidad y, a su vez, separación de las ciencias en relación con el ob-

³⁶ MANUEL SERRANO RODRÍGUEZ: *Ciencias Penales y Derecho Penal*. Citado.

³⁷ MANUEL SERRANO RODRÍGUEZ: *Ciencias Penales y Derecho Penal*. Citado.

jeto que ellas investigan. Existencialmente un hombre muerto es idéntico a sí mismo, pero el sentido hay que buscarlo en la causa que produjo la muerte. La ciencia que investiga una causalidad la determina en relación a una forma existencial, pero si es necesario desbrozar de esa causalidad algo que no cuente, o cuente menos, en lo jurídico (después de la precisión de un científico que no sea jurista), nosotros, con su propia base, determinamos lo relevante.

Vemos pues, en estas últimas palabras citadas, cómo no solamente se centra el problema sobre lo normativo y psicológico, base esencial de todo cuanto estamos diciendo, para aclarar ese núcleo central a que se refiere el *Tatbestand*, sino en la necesaria intervención de los científicos o peritos, no solamente en cuanto a dictaminar sobre el autor del hecho, si es o no imputable, sino a la averiguación del hecho mismo para ver, a través del *corpus delicti*, lo que más interesa en el Derecho Penal; o sea, el grado de voluntad o intencionalidad.

Para entenderlo, hemos de basarnos en la palabra "materia" y su "contenido", así como en lo referente a la parte espiritual. En el objeto material del delito, como por ejemplo: "el hombre muerto" o "la cosa sustraída", si partimos de su carácter neutral, en cuanto a los posibles factores o causas que han determinado su variación, descubriremos que la verdadera causa de su cambio de situación no es, en cierto modo, la función del juez, sino la función del científico. El *Tatbestand* es una abstracción de todos los posibles sucedidos, aun cuando esta expresión parezca un contrasentido, de tal modo que, al no tener contenido, quiere decir que admite todos los posibles contenidos que se hayan dado o puedan darse. Para entendernos: leemos constantemente en los periódicos, cuando, v. gr., un individuo ha sido arrollado por el tren, si es accidente o es suicidio. Igual podemos decir, v. gr., cuando quien limpia una ventana se cae a la calle. Como vemos la causa de una u otra muerte puede ser el accidente o la voluntad de la propia víctima y, ¿por qué no podemos pensar también que alguien le empujó? Aquí tenemos tres posibles causas, que admite el *Tatbestand* por su carácter neutral. Posiblemente se podía averiguar la verdadera causa, pero puede ocurrir que ésta no se averigüe nunca, e incluso que se dé como cierta una que pudo no ser. Por eso el *Tatbestand legal* sólo puede precisarse en referencia al tipo de delito que regula y, una vez probada la auténtica causa, siendo naturalmente relevante para el Derecho Penal, en los casos dichos, que el acto haya sido realizado por otro.

CASO LIEJA.—LA TALIDOMIDA

Para entender cuanto llevamos dicho, principalmente, en relación con el juicio derivado, así como lo normativo y psicológico en relación con el método, y la base del *corpus delicti* para descubrir las causas, vamos a referirnos al célebre caso de Lieja, en relación con las malformaciones de nacimiento, producidas, según se probó después, por el producto llamado talidomida³⁸.

A la característica de deformación que aparecía en los nacidos se la llamó o, mejor dicho, se la llamaba desde antiguo, con base en la disminución de los miembros o extremidades, focomelia.

Spongamos, por el momento, que la causa de tal anormalidad correspondía a todo lo que fuese extraño a una actividad intencional. El exámen médico imprescindible podía, o no, encontrar la causa, pero se da el caso de Lieja, y otros más. Entonces se trata de averiguar una causa que va generalizándose. Parece ser que se descubre porque una de las mujeres afectadas, ante un interrogatorio médico, hallándose sobre la mesa del doctor, una caja de medicamentos, la citada mujer señala que ella ha tomado tal producto. Seguidas las investigaciones se comprueba que los alumbramientos defectuosos, en el sentido dicho, se corresponden con quienes han tomado tal producto. Dejemos aquí a un lado si esto es beneficioso o perjudicial para otras cosas y si, tomado o no, en determinado período de gestación es cuando produce los efectos. Son problemas médicos que el médico tiene que resolver, para que el jurista pueda apoyarse en su fundamentación. El que se tome o no voluntariamente, incluso sin intención de producir tal lesión como en el tratamiento médico sobre mujer embarazada para la curación de cierta enfermedad que indirectamente puede producir el aborto, supone un problema muy interesante a resolver por el científico.

¿Cómo podemos relacionar las palabras citadas sobre la materia y lo espiritual en que parece nos hemos referido exclusivamente a lo somático y a lo psíquico, al cuerpo y a lo espiritual, en relación con el libre albedrío y, esto que acabamos de decir, que se refiere a averiguar a través del objeto, sin que consideremos todavía objeto del delito la causa de aquella deformidad?

³⁸ Sobre este tema y a instancia del Catedrático de Pediatría de la Universidad de Sevilla, mi entrañable amigo e inteligente profesor Dr. D. Manuel Suárez Perdiguero, pronuncié una conferencia en donde desarrollé extensamente este caso.

Basta recordar lo que dijimos de las cuatro causas de Aristóteles. La materia que se nos presenta al estudio necesita, a través de una prueba de causalidad, buscar el alma del autor y, por eso, en esa posición recíproca, el jurista, partiendo de los hechos, llama al médico o perito en general para que se los aclare buscando la verdadera causa. Entonces ligamos esto con el examen del autor del hecho y, por eso, se unifica nuestra posición "en un desbrozar de la materia que le sirve de soporte lo que de libres pueden tener". O sea, si en el objeto material hubo intervención humana y, a su vez, si hubo esa libertad que pudo tener el autor partiendo, en primer lugar, de su capacidad en potencia, pensando si era anormal; y, si era normal, cómo empleó su saber, o su posible saber y su poder, porque la base de la culpabilidad está en la posibilidad de exigencia.

Se trata, de averiguar la verdadera causa sobre el hecho mismo, y esto nos lo da el científico, como nos da también el análisis de la capacidad del actuante.

Otro caso muy semejante, si bien en él había intención delictiva, es el que citamos en el trabajo³⁹. El descubrimiento en un parricidio, por un médico, antes de la intervención policial. De este hecho partimos allí, como puede verse, para explicar también el *Tatbestand*.

SENTIDO EXTERNO E INTERNO: NORMATIVO PSICOLÓGICO.

Partiendo de la idea del juicio derivado, del que hemos hablado antes, la palabra sentido, aparte de su naturaleza objetiva y subjetiva, precisamente por su reciprocidad en relación con el ser inteligente, nos lleva de la mano, no solamente a precisar la idea de norma, sino a demostrar cómo todos los elementos del tipo son normativos y, a su vez, a afirmar que la culpabilidad, por su propia naturaleza, es normativa también, así como a la aclaración de lo dicho anteriormente en relación con la materia, pues ello no supone otra cosa que descubrir la forma sustancial, que es lo que auténticamente interesa.

No hace falta precisar aquí la diferencia entre sentidos externos e internos, por ser un concepto conocido, y que, imprescindiblemente, para el sentido de norma y normalidad, también son recíprocos. Quien no oye, no puede aprehender las cosas para su

³⁹ *Universalidad del Derecho y Unidad de la Ciencia*. Citado.

valoración interna. Quien oyó y tiene una deformidad somática en los centros receptores, tampoco puede realizar su función.

Se dice, para calibrar la normalidad o anormalidad de una persona, que sus actos tienen o no sentido, que realmente tiene historia y, por eso, hacen precisión, a los efectos del hombre normal o anormal, las palabras "comprender" y "explicar". Por eso interesa mucho distinguir la causa del motivo, centrando el problema en relación con las Ciencias naturales, y las Ciencias del Espíritu. Se dice, igualmente, que la vida psíquica, más que se explica, se comprende. Pero ello nos lleva a una consideración entre el hombre normal y el anormal, ya que en todo proceso de actividad para desbrozar la auténtica causalidad voluntaria, al entrar elementos físicos en la producción de un resultado y explicarlos, hemos de pasar inmediatamente a la idea de comprensión. Siguiendo a Lotz diremos que, aplicada la palabra sentido a la vida del espíritu a través de los sentidos corporales, "el hombre es abierto receptivo para algo, y esto le hace fácilmente accesible, por lo que decimos que posee el "sentido de aquello", y que tales disposiciones tienen como raíz común el sentido del hombre entendido como el medio espiritual que le da acceso a todo, relaciona con todo y es la fuente de donde procede su pensar y querer". Siguiendo su misma explicación —añade— "tomado objetivamente el vocablo 'sentido' denota aquella cualidad del objeto que comprende el sentido existente en el hombre, aquella cualidad afín de su comprender intelectual que hace al ente accesible o comprensible. En este caso el sentido mira primeramente aquello para lo cual algo existente: sentido teológico. La cualidad de estar dirigida u orientada a un fin constituye el sentido de una cosa en tanto que la hace comprender en su peculiaridad o, por lo menos, en su existencia. Así hablamos del sentido de la vida, de la historia, del mal, de una acción o de un fenómeno...".

No voy a desarrollar, en relación con el problema concreto que tratamos, todo lo afectivo, ya que, aparte de tener publicado cuanto a lo afectivo se refiere en varios de mis trabajos y, principalmente, en "Culpabilidad y Pena"⁴⁰, así como en el antecedente de este trabajo, "Culpabilidad en Derecho Penal": "Especial referencia a la Culpa"⁴¹, podíamos reducirnos aquí, en relación con lo dicho an-

⁴⁰ MANUEL SERRANO RODRÍGUEZ: *Culpabilidad y Pena*. Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela. Año 1945.

⁴¹ MANUEL SERRANO RODRÍGUEZ: *Culpabilidad en Derecho Penal: Especial referencia a la Culpa. Lección magistral de mis primeras oposiciones a Cátedra*. Año 1941. Publicada por el Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Año 1942.

teriormente, al problema de si las cosas nos afectan por sí mismas, o porque llevamos dentro de nosotros la afección o los afectos que hay que ordenar a base de los afectos ordenados y desordenados. Este también es un problema viejo al cual se le quiere dar aire de novedad. Mas lo cierto es que unidos a la idea de ser y sentido, así como a lo dicho anteriormente en relación con el sentido interno y externo de las cosas y de los hombres, ello nos aclara perfectamente lo recíproco de lo normativo psicológico: Capacidad de un objeto para satisfacernos, y capacidad de un sujeto para satisfacerse con el objeto. Pero todo ello en una medida también delimitada de selección de lo objetivo subjetivo, recíproco en las cosas y en el hombre y que, por ello, puede seleccionar y utilizar.

EL ESTUDIO DE LAS NORMAS JURÍDICAS DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL MÉTODO LLAMADO JURÍDICO. LO NORMATIVO CULTURAL SALE DE LA NATURALEZA DE LA COSA.

Afirma Tibaldi que mientras el delito es un concepto jurídico o una valoración jurídica hecha por el Derecho, la psiquiatría concibe la anormalidad en toda su extensión, y la enfermedad mental, concretamente, como una valoración de tipo natural. Y añade que la enfermedad o anormalidad, si queremos, no puede variar a la par que la voluntad legislativa, porque el delito, en realidad, respondiendo a una valoración cultural, sí varía. No creemos exagerar la concepción de Erik Wolf al considerar el tipo en general como normativo, ni mucho menos que, incluso los elementos naturalistas, dejen de asumir el carácter normativo, por la inevitable transformación que sufren al contacto con la norma jurídica. Si partimos de la naturaleza de las cosas vemos, en el ejemplo que se cita del concepto de "perro" en la ley de caza, que éste sería un concepto normativo distinto del que nos ofrece la naturaleza. Precisamente la normativización que se hace del perro en dicha ley obedece a su condición natural de cazador. Si lo analizamos bien, todos los animales son cazadores por naturaleza. Al analizar el concepto de Derecho Penal objetivo y subjetivo se asegura que el legislador no es una mente libre, que ha de estar sujeto a principios superiores o, si queremos, al Derecho Natural o a la naturaleza de las cosas. Dentro de esta idea de la naturaleza de las cosas está la capacidad del hombre, y esta capacidad, para cometer el delito, supone plena libertad y plena conciencia. Es, por tanto, un concepto naturalista.

Cuando mi ilustre y querido amigo, el eminente Dr. Díaz Rubio, Catedrático de Patología Médica de la Universidad de Madrid, nos

dice en el prólogo de su obra⁴²: "...a los que hay que informar, pero, ante todo, formar, tratando siempre de relacionar las ideas con los hechos y conocer las bases fundamentales de éstos —afirma— que es preciso evitar especulaciones"; y que "...todo síntoma, toda manifestación, todo disturbio funcional y toda alteración morfológica, tiene su razón y su dinámica"; habla además de "considerar los cuadros rígidos y esquemáticos que la Patología Médica describe, cuerpos sin vida, que, por ser abstracciones, no concuerdan con la realidad del hecho concreto del enfermo"; así como también de la "falacia de la rigidez esquemática de la monografía"; diciendo que "hay que trabajar con el hecho real del carácter dinámico de todo proceso". Todo ello sirve para aclarar no solamente la idea de *Tatbestand*, sino para que basándonos en ello relacionemos lo llamado científico extrapenal de la ciencia llamada penal, y aclaremos el sentido de dogma, pues también, en sus palabras, podemos recoger cuanto queremos decir, ya que, con referencia al progreso de las ciencias, progreso continuo de la medicina, como él dice, "y de la evolución en que se encuentra, que hace que si bien existan conocimientos inmutables, el dogma de los conceptos no existe en nuestra ciencia".

Por eso, cuando leí el citado prólogo, le dije al Dr. Díaz Rubio: todo ello es el problema del *Tatbestand*. Y me dí cuenta de cómo la ciencia se unifica, o es única y, además, cómo por tenerse que investigar el contenido del *Tatbestand*, como hecho, por las demás ciencias, concretándolo a la idea de enfermedad como productora de una muerte natural (para descartar la acción criminal o bien para fijar la capacidad mental de un hombre sobre su normalidad o anormalidad y estudiar su libre voluntad), ello nos llevaba a la idea de *Tatbestand* como núcleo central de concordancia de lo objetivo con lo subjetivo.

El profesor Díaz Rubio habla de "cuerpos sin vida", de puros conceptos. Para Beling el *Tatbestand* es también un concepto y asegura que la acción es "un fantasma sin sangre", y que, para hallar la significación, es preciso trasladarla al concepto del *Tatbestand*, que es eso, un puro concepto, "sin tiempo, ni espacio, ni existencia".

Fácilmente, desde el concepto de enfermedad, podríamos trasladarnos al de enfermedad mental, de anormalidad y de los tipos

⁴² MANUEL DÍAZ RUBIO: *Lecciones de Patología Médica*. Editorial Marbán. 1964.

de enfermedad concretamente. Y ello para relacionar el concepto de delito con el concepto de enfermedad y, por tanto, del tipo de delito y el tipo autor, concretamente, como tipo de culpabilidad, que es lo único que puede interesar al jurista en aras de la libertad individual.

No se trata de que lo social pueda intervenir en la calificación de enfermedad, salvo en la medida que nosotros decimos de una presión social que pueda alterar la personalidad. Por eso, para nosotros, si el concepto de enfermedad es científico natural y ésta existe, ello no puede alterar su repercusión en la definición del delito a base de una culpabilidad clara.

Esto merece una consideración a base de las ideas sentadas por el positivismo italiano, o la escuela positiva italiana, que se concreta en sus máximos exponentes Lombroso, Ferri y Garófalo.

Esta escuela basada en un naturalismo llegó a suprimir, o a querer suprimir, el Derecho Penal y estableció medidas asegurativas, pero en un sentido medicinal. Principalmente, y como consecuencia de ello, se resolvió con ciertas alegrías el problema de la peligrosidad antidelictuosa. Es muy interesante lo que afirma Roger Merlé⁴³. Alude a cómo las ideas lombrosianas, combatidas y caricaturizadas, no habían tenido hasta después de la última guerra mundial nada más que una influencia particular o localista, pero que, al suponer que su utilización había sido hecha o tomada para los regímenes totalitarios, su consecuencia era el choque con el espíritu de los juristas liberales. Estas ideas —dice— han regido bajo un camino subterráneo, pero después enriquecidas de precisiones nuevas y de indispensables correcciones, aparecen transformadas, rebautizadas en un cuerpo de doctrinas que profetizan la próxima agonía del Derecho Penal clásico.

Cuando en las sabias enseñanzas de nuestro inolvidable Dorado Montero se habla de un "Derecho Protector de los Criminales" en un sentido correccionalista y humano, nunca se pensó que tal hombre dirigiese sus actividades en contra de la libertad individual. Quisiera yo recordar lo que Santo Tomás dice acerca de la pena medicinal. Pero dejemos esto y vayamos al núcleo del problema en lo que nos va a resolver cuanto queremos decir. No nos extraña que quienes exigieran estas medidas, y la peligrosidad del autor, rectificquen, no por lo que el positivismo tenía en sí de bueno o de

⁴³ *Annales de la Faculté de Droit de Toulouse*. Tomo VI. Fascículo 1.º 1958.

malo, como toda doctrina, sino por lo que se haga de mal en su aplicación.

Aquí es donde podría tratarse el problema, en relación con una peligrosidad post-delictuosa, de una deontología profesional o una ética profesional para el tratamiento. Podría plantearse el caso de peligrosidad sintomática y en potencia para los delitos comunes discutible desde luego, sólo pensando en una orientación como la de Dorado Montero. Pero pensar que todo esto puede quedar en el aire, cuando se hace referencia a una culpabilidad ética como no normativa, no tiene nada que ver. De lo que se trata es precisamente de todo lo contrario, o sea, que lo ético que normativiza, como lo moral o las normas de cultura, se fijan con precisión como normas jurídicas perfectamente delimitadas. Esto es para nosotros imprescindible, al objeto de que, el juicio derivado de culpabilidad, lo sea de una antijuricidad perfectamente clara en su tipificación.

Recoge Adolfo de Miguel, siguiendo a Maggiore, que la culpabilidad es lo que enlaza la moral con el Derecho. Naturalmente que esto se resuelve en un problema de voluntad, pero también de conocimiento y de normativización. Por ello es evidente que la voluntariedad es común a la ética y al Derecho, pero, para perfilarlo o, mejor dicho, para precisar su separación no hace falta otra cosa que la precisión en conceptos jurídicos de lo que debe ser extraído como completamente exigible en el orden jurídico.

La comisión del acto aislado no quiere decir en absoluto que dejen de tener el mismo fundamento la moral y el derecho como dos círculos concéntricos, según conocemos desde viejo, ni que ambos dejen de ser normativos. La situación moral del hombre, en relación con su propia conciencia y con Dios, es cosa distinta del Derecho y, por eso, había que recordar aquí a Suárez adelantándose al sentido correccionalista más moderno.

Pero aquella relación no deja de ser normativa y, por eso, la culpa es siempre normativa, por la aptitud del hombre para comprender la norma y porque, mediante ella, puede conseguir su fin. Ello es distinto a precisar lo que sea culpabilidad partiendo de la imputabilidad del hombre.

Hemos dicho en otra parte, siguiendo a Mesonero Romanos, que somos causa y efecto de nuestra propia cultura. Para afianzar más el sentido normativo de la culpabilidad, diremos que cuando se habla de "ética profesional" o de que se carece de ética profesional, esto no es un psicologismo puro o, si lo es, es porque no se ajusta a las normas éticas y crea unas normas de tipo subjetivista, de una moral subjetivista (si queremos identificar ética con moral),

como puede hacerse sin entrar en más consideraciones. El hombre, como dice Ortega, realiza o hace una vida objetiva; el que no tiene ética profesional no está infringiendo las normas del Derecho, pero estoy seguro que las está bordeando, y un paso más y ya está dentro. Posiblemente el juego esté en eso, en bordear la ley a falta de ética profesional. Ello es todo normativo, con la diferencia de los círculos expuestos y la necesidad ineludible de precisar jurídicamente, y con tipos bien perfilados, lo prohibido.

Cosa distinta es si el individuo, como hemos dicho antes, tiene capacidad para captar lo prohibido, pues, si no la tiene, no es que el concepto de enfermedad varíe, en relación con el delito, sino que comete un hecho, completamente antijurídico si queremos, pero no un delito en el sentido de su totalidad.

Estudiar aquí algo que puede ser diferente, o sea, si el delincuente es un anormal o, más aún, si los llamados anormales, sin llegar a la completa inimputabilidad, son o no responsables y capaces de sentir la pena, y que ésta les sirve para algo, es completamente distinto. Hablar de la enfermedad con valoraciones sociales, sólo lo entiendo en este sentido de imputabilidad o no, en relación a como expone Rof Carballo, sin idea del hombre a prueba. Puede ser la causa social desencadenante de un proceso somático, o puede producir un trastorno funcional que llegue, por agotamiento, a una situación de inconsciencia, como puede, por un contagio social, un individuo con más o menos predisposición enfermar. De modo que si, incluso en las psicopatías, puede no asegurarse la irresponsabilidad, salvo cuando se dice que son profundas, y una personalidad anormal puede conducirse bien en un clima propicio a su normativización, ello no supone que no sean cosas completamente distintas, porque la cosa se centra en su relación recíproca psicológica normativa. Si se habla muchas veces de que lo ético corresponde a un concepto de la mayoría o no, el establecer normas fijas es cosa distinta de que, sin establecer dichas normas se crea que lo que se llama concepto ético de la culpabilidad sea un concepto antijurídico no delimitado. Si se habla de saber y poder, como base de la culpabilidad para la posible exigencia, no hay duda de que, salvo cuando se diga de un modo tajante y claro que el individuo es incapaz de comprender, se puede asegurar que, por carencia de imputabilidad o capacidad, se va a carecer de juicio para comprender la norma. En esta misma medida se da lo ético y, por ello, la base de una culpabilidad psicológica está en la normativización ética. Pero, a otros efectos distintos o más amplios que la culpabilidad jurídico-penal, para que sea exacta y así debe serlo, tiene que ser

un juicio derivado de una precisión antijurídica. Dejemos a un lado si el loco por la pena es cuerdo, como se dice vulgarmente (que como expresión vulgar supone una auténtica ignorancia). Sabemos que el loco no es cuerdo por la pena, pero lo que tenemos que saber, y ello nos lo dirán los psiquiatras o psicólogos, es el grado de locura o enajenación, cuando el individuo es auténticamente enajenado. Ser enajenado, supone ser otro distinto del que se es o, mejor dicho, de la persona que para vivir en la vida normal tiene que ser.

Si se nos dice de ciertos anormales que pueden ser responsables, allá quien lo determine científicamente, al juez sólo le cabe valorar sobre el peritaje, siempre que éste sea lo más correcto posible, o sea, con arreglo a lo que, por el momento, sea dogma en la ciencia psiquiátrica.

Decía el profesor Piga que no era cierto que el loco por la pena fuese cuerdo, ni tampoco que todos, como se dice vulgarmente, teníamos algo de locos y poetas. Aseguraba que de lo que teníamos mucho todos era de poetas y de psicópatas, y que si el loco no era cuerdo por la pena, sí lo era el psicópata. Dejemos esto a la consideración del tanto por ciento de anormales, que en estadísticas de Estados extranjeros se hacen para el Servicio Militar, y pensemos mucho en las palabras de Quintano sobre los psicópatas y en ocasiones más que psicópatas; pensemos también cómo marcha el mundo y recordemos las palabras, hace pocos días, del Primado de Polonia asegurando que habría mucha sangre fría, mucha destrucción y muchas muertes⁴⁴.

⁴⁴ Muchas consideraciones podríamos hacer sobre este punto. Pero, para darnos cuenta de que todo es igual, y de lo poco que el hombre aprende de la historia o del pasado (ya se dice lo poco eficaz que son las guerras, lo que se evidencia por sí mismo, y no ya por su propia naturaleza de daño, sino por el nulo resultado que produce en cuanto a ejemplo, siendo más bien todo lo contrario) resulta evidente que a quien más perjudica es a la juventud. No ya porque perece en ella, sino por el ejemplo belicoso que de ella saca, que empieza por contagiarse a los niños. Son consideraciones importantes y de tipo penal, porque al fin y al cabo, la guerra lleva en sí el atentado a la vida, que se prohíbe en los Códigos penales. Leyendo a Unamuno en sus "Recuerdos de niñez y mocedad" y refiriéndose a su infancia en el año 1870, cuando el bombardeo de Bilbao, dice: "Bajo la desolación de la guerra hacíamos los chicuelos, de la guerra, juego. ¿No la hacían acaso también los mayores? ¡Santo espíritu el de los chiquillos que tomando en juego la vida, y como espectáculo el mundo, saca miel de toda triste realidad!".

¿Nos van a extrañar después las auténticas bandas de niños más que maleantes rayando e incluso entrando en la criminalidad? Véase aquí el auténtico concepto ético basado en unas costumbres que normativizan al revés y producen culpabilidad. La norma que impide matar se invierte.

He pensado muchas veces en el ejemplo diario de la prensa y de las películas, quizá éstas más perjudiciales para el niño que la primera. He pensado igualmente en esa realidad que vive el niño cuando padece la guerra y el mal ejemplo de los mayores. Pero para nosotros los mayores la lectura de la prensa nos produce, en esas amenazas continuas de los dirigentes políticos, mutuas amenazas, la impresión de "jaques" de taberna amenazantes y valentones, con insultos y desafíos, poniendo de manifiesto la potencia de cada uno. Posiblemente sea una ley biológica, pero he oído en conversaciones a niños, aproximadamente de 14 años, hablar no sólo del mal efecto que les producían los insultos a la Autoridad, sino la expresión siguiente, después de haber contemplado algunos reportajes: "¡Parece mentira que estemos en pleno siglo XXI".

Quiero recordar aquellos célebres versos de que "al rey la vida y la hacienda se ha de dar, pero el honor...". Ya después se ha cambiado el concepto de rey por patria; hoy incluso no puede hablarse de la propia patria, porque el mundo extenso se acorta y es necesario hablar de la humanidad.

Voy a hacer unas consideraciones que no se refieren ni al momento presente, ni exclusivamente a nuestra patria, basándonos precisamente en ese concepto extenso que acabamos de expresar.

No miréis estas consideraciones como expresión de una bondad de alma por mi parte, pues ello es un problema de conciencia y en relación con Dios. Para el penalista los actos tienen que ser externos, y sobre ellos se puede juzgar. Partiendo de los hechos, por verificación, observamos, con el egoísmo propio del instinto de conservación, la necesidad de la entrega de esa hacienda en la medida en que después de las experiencias que pudieron ser ideales, por verificación, como decimos, se demuestra el error, y en qué medida, para un bien común, deben ser entregadas. Y no por tanteos de ensayos de meros teóricos (y, mucho menos después de las experiencias pasadas y vividas en el mundo, que demuestran la ineficacia), sino con la realidad que sea precisa. Entreguémonos de todo corazón y verdad a entregar, pero a entregar todos esa parte de talento que Dios nos da en beneficio del bien común. He dicho todos, y aquí querría recordar la frase vulgar, que algunos no parécen, cuando se dice que "una cosa es predicar y otra dar trigo". Esto lo vemos constantemente, no ya en este sentido, sino cuando quienes predicán la igualdad adquieren puestos privilegiados, y siguen con unos privilegios que criticaron.

Recurriendo a Unamuno vemos como, tratando de alcanzar la verdad, dice que él llegó a la convicción frente a la opinión contraria de otros "de que todos tienen razón y es lástima grande que no logremos entendernos".

Precisamente en todos mis trabajos científicos, o en algunos, más que en sentido ecléctico, resuelvo el problema en la síntesis, principalmente al hablar de las distintas escuelas penales. Por tanto, no es opinión de hoy, y veo la certeza en la frase de Unamuno. Por ello, las más variadas opiniones tienen que unirse en un punto, en ese término medio que, a su vez, refleja el término medio del hombre en cuanto a su exigencia y capacidad. Así se da en las doctrinas y en las citadas escuelas, y esto no es (como digo en algún trabajo mío) "pasteleo ni componenda", sino la auténtica necesidad de verificación. Pero observemos cómo juegan muchas veces los que pretendiendo definir la justicia con su opinión, llenos de sectarismo, llaman libertad a opinar como ellos opinan. No es esta nuestra posición, y pensamos que jamás es ceder ni ser vencido, si nos sometemos a la verdad. Esta es la que siempre guió nuestros pasos y a ella nos queremos acoger, porque, quien su vida la consagró al trabajo, no puede tener otra mira que la exaltación del mismo, su justa remuneración, pero dentro de un orden y partiendo de los niveles alcanzados.

Después de lo dicho sobre el concepto de enfermedad y lo social, no creo haya duda de que una presión social, un no atender a lo social, desde el punto de vista de la justicia, puede no sólo producir delitos por anormalidad del autor, sino por falta de formación, en los individuos, de cultivo de su espíritu. En otros trabajos míos⁴⁵ hablo de "la falta de talentos" y, entre ellos, no descarto "las culpas de la sociedad", de los que poseen "talento" y se los niegan a otros.

Desde luego quiero concretar que si el enfermo lo es de veras según nos dice la ciencia médica, no puede ni discutirse. Ahora bien, si las culpas son también de quienes no saben dirigir o encauzar, esto es cosa distinta y ello cuenta en cierta medida.

La fijeza de las normas, cuando éstas se basan en los principios fundamentales de un Derecho Natural, no solamente es imprescindible, sino que han de fijarse por aquellos capaces de captarlas. Y precisamente por no fijarlas y creer que se podía jugar con una culpabilidad ética, confundiéndola con la falta de normas y no querer reconocer los principios clásicos, las armas se volvieron contra ellos. Entendemos que los principios clásicos no son de estatismo, sino todo lo contrario, la fijeza de los mismos como ciertos, para derivar (partiendo de su fundamento) a las variabilidades de lugar y tiempo.

EL "TATBESTAND"⁴⁶.

Hemos expuesto ya unas bases para que vaya entendiéndose el *Tatbestand legal*. Seguiremos nuestra orientación con base en el mismo *Tatbestand legal*, y ahora vamos a dar una interpretación sobre el *Tatbestand*. Quizá no sea la cierta, pero, para que quede claro (en cuanto al sentido de inseguridad que nosotros mismos tenemos sobre el *Tatbestand*), advertiremos que, una vez publicado por Beling su trabajo (en relación a la orientación primera que le dio), investigaron sobre él muchos penalistas, y se publicó mucho sobre el mismo. Beling, a las advertencias y objeciones que le hicieron, rectificó o, mejor dicho, hizo aclaraciones, asegurando que si bien podía ser cierta la deficiencia que tenía su primera exposi-

⁴⁵ MANUEL SERRANO RODRÍGUEZ: *Culpabilidad y Pena*. Citado.

⁴⁶ Ya hemos expuesto la razón de este tema que, por ser el núcleo central del Derecho Penal, podía recoger también el deseo de Tibaldi de un prólogo a su tratado sobre "La enfermedad mental" y, a su vez, en relación con el homenaje al Padre Pereda, establecer aquí algunas consideraciones sobre el "Normativismo y Psicologismo" en relación con la culpa, tratados por él.

ción, no era menos cierto, según su opinión, que no le habían señalado los puntos principales o esenciales que, como él mismo dice, creía que debían ser aclarados. Aún reelaborado el trabajo en parte por el propio Beling, tampoco ha habido mucho acuerdo entre los especialistas de Derecho Penal, en las nuevas y posteriores interpretaciones. Con esto quedará perfectamente claro que en la exposición que pretendo hacer puede haber deficiencias y errores, y no es falsa modestia lo que digo, sino el temor de seguir cayendo en ellos, ya que el tema es difícil y ha sido estudiado por muchos y muy insignes maestros. No debe extrañar la serie de repeticiones que ineludiblemente hacemos, porque el trabajo de Beling (aunque de pocas páginas), como tenemos dicho en otro lugar, también las tiene.

Cuando empecé a estudiar dicho trabajo no lo hice por vanidad de resolver lo que tantos han intentado, sino porque creía que debía, al menos, entender con la mayor precisión posible tema tan importante. Confieso, con toda sinceridad, que de haber sabido el terreno en que me metía quizá no habría emprendido este camino.

Se habla, por muchos autores, del *Tatbestand* motejándole alguno de *atormentado Tatbestand*, e incluso se llega a decir que Beling, a fuerza de emplear nuevos conceptos en su aclaración, oscurece el *Tatbestand*. Pero, por otra parte, pienso que esos conceptos ya estaban, o están, implícitos en la ley aun cuando no se expresen. Creo que, más que los conceptos, oscurece la falta de sistemática y la repetición, quizá con la mejor intención. Mas, en ello, posiblemente incurra yo también siguiendo el trabajo de Beling. Lo que he hecho ha sido aun partiendo del principio, saltar hacia la mitad, e incluso ir al final y luego volver al principio, porque de ese modo, al entenderlo yo mejor, posiblemente quede aclarado para los demás. Además, y ello es inevitable (dada la concisión del citado trabajo), para entenderlo, al menos a mi modo, era necesario hacer las ampliaciones que hago y fundamentarlo y relacionarlo con conceptos científicos. Es decir, hay que ir al llamado Derecho Penal científico que, indenticado con la dogmática (como nosotros decimos), aclara muchas cosas. No hay que olvidar que los alemanes, como buenos dogmáticos, partieron en la interpretación de este punto de la propia ley. Pero vemos después cómo el propio Beling habla de lo que "hay detrás de la ley".

La extensión que nosotros damos al problema de las enfermedades mentales, así como al problema del normativismo y psicologismo (a través y con base en el *Tatbestand*), es precisamente para aclarar esto, pues no olvidemos que se trata de un problema de

conocimiento de lo objetivo y de lo subjetivo. Y lo que es más esencial, y constituye mi auténtico deseo, al desarrollar este discurso, es la llamada de los científicos a nuestro campo porque están en él, y, precisamente, a través del *Tatbestand* podemos lograrlo.

No olvidemos que siendo el concepto de *Tatbestand* el núcleo central del Derecho Penal y, por tanto, de donde hay que partir —como se dice— para establecer una teoría general de la parte especial. Si esto es así, y aun cuando tratamos del *Tatbestand*, sólo tomaremos a título de ejemplo el problema del homicidio con mucha insistencia y repetición. No olvidemos que vale para todos los delitos. Beling se concreta en los ejemplos generalmente a dos: el referente al homicidio y el referente al hurto, o sea, “sustracción de cosa mueble ajena con ánimo de lucro, y contra la voluntad del dueño”. Nosotros hemos hecho unas consideraciones más amplias, como puede verse, si bien, partiendo de la idea de Beling. Si todo ello es así, se comprenderá cuanto hemos dicho.

Partiendo de mi opinión de que el mejor definidor de la dogmática es Dorado Montero, tenemos que señalar⁴⁷ como el citado autor dice: “parece que los doctos van reconociendo la necesidad, cada vez mayor, de que la Jurisprudencia adquiera carácter científico o, mejor dicho, filosófico, y la consiguiente precisión de que los juristas se armen con la indispensable cultura para poder acometer tal trabajo. La práctica del Derecho se considera de día más digna de censura, como no sea capaz de levantarse algunos codos sobre el puro aprendizaje mecánico, el comentario estéril y la aplicación rutinaria y servil de los textos legales. Si no buscar el Derecho fuera de estos y por encima de estos, según algunos proponen, se desea, cuando menos, que el jurista —aplicando a su oficio la conocida fórmula en que Ihering resumía las funciones del historiador y, en general, del estudio del Derecho romano— sepa sí mirar al Código o ley a que tiene que dar realidad concreta; pero también penetrar al través de ellos y llegar a todos sus escondrijos, saturados de espíritu viviente, para sorprender las innumerables relaciones latentes entre sus renglones, las cuales, no por hallarse invisibles a primera vista, dejan, sin embargo, de presentarse, hasta con marcado relieve, ante los ojos del observa-perspicaz que los clava en ellas, ya con el auxilio del microscopio o ya sin esta ayuda. Con el Código y mediante el Código, es necesario ir

⁴⁷ Véase MANUEL SERRANO RODRÍGUEZ: *Ciencias Penales y Derecho Penal*.

más allá del Código, encontrando un amplio mundo de cosas que está en él o le sirven de apoyo y que no se rinden a las peticiones de cualquiera, sino a la solicitud de quien sabe conquistarlas. El que así lo haga será un dominador de las leyes, cuyo articulado manejará como piezas de ajedrez, en lugar de ser un esclavo ciego de ellas". Desde luego no llegamos nosotros a las conclusiones que sienta en la obra de referencia, pero sí hay elementos aprovechables, y en las últimas palabras que citamos se encuentra la clave del problema que vamos a dilucidar.

Es corriente oír hablar, no ya a los profanos, sino a verdaderos profesionales, de que el Derecho Penal se resuelve en verdaderas situaciones de hecho y que, por ello, no tiene las complicaciones que otras materias jurídicas. Por otro lado, se asegura, a su vez, que en esa prueba de hecho resulta una descripción más o menos de novela. Es decir, que se saca a la escena del juicio, más bien que la realidad existente, una trama dirigida. Mas a esto los técnicos jurídicos no oponen contestación cierta y, como veremos después, el mismo Manzini nos resuelve la cuestión haciendo un apartamiento de la ciencia del Derecho por un lado y de la práctica como arte de aplicación. Yo preguntaría si esto es posible.

El que los técnicos jurídicos manejen los conceptos de la ley a modo de silogismo, de sistematización y en abstracto, nos lleva a no poder discutir con los del campo contrario y, por tanto, a una desarmonía completa.

Cuando Dorado Montero dice que es necesario "con el Código y mediante el Código" "ir más allá del Código" "encontrando un amplio mundo de cosas que están en él o le sirve de apoyo y que no se rinden a las peticiones de cualquiera, sino a la solicitud de quien sabe conquistarlas", dice una verdad, con una posible contradicción, ya que, al asegurar que se encuentran en él o le sirven de apoyo, supone que es necesario ir más allá del Código, como asegura por otra parte. El mismo lo dice: "que están en él" y, por tanto, como el Derecho es una valoración jurídica de los hechos quiere que, al enjuiciar los problemas, se enjuicien tal y conforme son, es decir, que la ley ha recogido en su voluntad todo lo que necesita de cualquier campo de la vida y lo ha hecho jurídico.

Para entender el *Tatbestand*, y cuanto queremos decir, sería preciso leer mi trabajo de referencia⁴⁸. Decimos así: "La voluntad es llevada a la ley por el jurista, pero no una voluntad como aparece

⁴⁸ *Ciencias Penales y Derecho Penal*. Citado.

ante los ojos de algunos, sino una voluntad real y, por eso, aun recogida en problemas de culpabilidad una atenuación o una agravación, por circunstancias anímicas del sujeto, por ejemplo, se llega a más, o sea, a excluir el delito, no ya por la carencia de culpabilidad ante un inimputable, sino ante un imputable en el que, por circunstancias de hecho o de momento, se demuestra la no existencia de voluntad. Y lo diga el perito o lo aprecie el juez, es algo que observa la propia individualidad del hombre, en cuanto, ante propias y verdaderas realidades objetivas, lo que en unos casos es, en otros, deja de serlo".

"Indudablemente el Código, la ley e incluso el Derecho científico, hablan de voluntad, y ésta, tomada así es una realidad objetiva. Pero ¿acaso no sea lo interesante, y lo que el Código quiera medir, la voluntad del agente? Si aun dentro de una escala gradual de culpabilidad el Código precisa una voluntad determinada, si el análisis del sujeto, en orden a la imputabilidad e incluso a una imputabilidad más o menos disminuida, es recogida también por la ley, ¿cómo ha de apartarse este conocimiento del que propiamente ha de aplicarlo, si la disposición legal habla de una posición que se necesita dilucidar?

Claro es que estos problemas son enjuiciados por otras ciencias, con carácter autónomo, pero pasan, en el aspecto en que se toman, a ser jurídicos y, por tanto, será preciso el concepto que aquellas ciencias nos dan, que va subsumido en el propio precepto legal, y que el jurista necesita conocer porque ya lo tenemos en casa".

Pues bien, si señalamos las palabras de Beling, al tratar del *Tatbestand*, tales como: "abstracto", "objetivo", "especial", "regulativo", "relativo", "funcional y neutro", y las estudiamos, principalmente, no ya desde el punto de vista gramatical que tiene sentido, sino, desde el punto de vista filosófico, como aclaración de su contenido (que es lo que quiere Dorado Montero, o sea, partiendo del metalenguaje⁴⁹, para apoyar un sentido auténticamente científico), creo que vamos a ir entendiendo esos conceptos que parecen obscurecer la palabra y la idea de *Tatbestand*. Todo está en la ley. No vamos a pensar que Beling al hacer la exposición tratase de obscurecer el problema, sino que quiso, a mi juicio, con-

⁴⁹ No olvidemos que el lenguaje es una estructura y, por ello, si el lenguaje define el delito, siendo éste su contenido, al delito también se le ha considerado como una estructura. Esa reciprocidad se corresponde al contenido de la expresión, y en ello puede ir la formalización, recurriendo a las ideas que se explicarán más tarde sobre forma sustancial, contenido, etc.

cretarlo tanto y sintetizarlo de tal manera, a base de esas palabras explicativas sobre el contenido de la ley, que terminó por obscurecerlo. Y además se obscureció, a mi juicio, porque muchos conceptos sobre el hecho⁵⁰ y sobre las valoraciones jurídicas, precisamente por la delimitación del *Tatbestand legal*, son, o tienen que ser, recíprocas, como se ve con la lectura del trabajo y, concretamente, cuando al hablar del factor, o partir del factor, se dice que se refiere a un orden metodológico. Desde luego, y es una opinión particular mía, el *Tatbestand* o, mejor dicho, el estudio que hace Beling sobre él, en un sentido no solamente práctico, sino científico, no es útil. Siempre digo que, para la práctica de una profesión, es preciso tener sólidos fundamentos. Pero estoy convencido de que, sin haber estudiado el *Tatbestand*, los juristas lo han aplicado, generalmente, de modo muy correcto en su auténtico sentido científico. Cuando Thomson nos habla de "la pasión por los hechos", para el análisis y para el planteamiento de los problemas, nos añade muy concretamente, recordando a Michael Foster: "ante todo cerciórate de los hechos". He aquí un precepto fundamental de la ciencia, bastante difícil de cumplir. Aun en el estudio de problemas sencillos, a menudo, es difícil captar los hechos correspondientes. Hasta con relación a los acontecimientos más simples es difícil formular una concepción exacta de lo ocurrido. Antes de estas palabras, dice el citado autor, a la investigación "corresponden claramente las actividades del hacer, del sentir y del conocer"; habla del sentimiento en relación con la actividad sentimental intelectual y práctica y se plantea el estudio de estos caracteres para comprender mejor la ciencia, afirmando cómo en la captación de los hechos puede influir el carácter sentimental, entre otros, lo cual puede oscurecer el conocimiento científico. Por eso él dice: "la

⁵⁰ Debemos aclarar, y así lo exponemos en este trabajo en varios lugares, que el hecho es lo más normativo, porque estimo que no es que todos los elementos del tipo tengan una película normativa, como se dice por algún autor, sino que todos, absolutamente todos, son normativos. Por ello puede hacerse norma y hacerse cultura en el sentido científico y pueden establecerse los juicios derivados, por lo que lo mismo puede decirse de lo constitutivo y regulativo. Si alguno de los elementos del tipo no fuese normativo no podría totalizarse la unidad con base imprescindiblemente normativa. Tan normativo es todo, y precisamente el hecho, que, por ello, se puede hablar de la naturaleza de las cosas, y pueden manejarse, y, por tanto, unificar elementos heterogéneos, así como plantearse el problema de ente o entidad. Si puede o no discutirse el finalismo y la causalidad no será sin esa base del hecho, delimitado por sectores, que da posibilidades de normativizar y de centrar el error. El error puede verse porque la cosa en sí es la base, inclusive para su relación explicativa y para la comprensión.

cautela en el juzgar es, pues, una de las características de las ciencias". Y, precisamente, nos lleva de la mano al sentido práctico, cuando dice "que no estando sujeta la ciencia a ningún método especial de investigación"⁵¹ (lo cual hay que entender, a mi juicio, por la referencia al objeto), añadiendo "podemos aprender una buena lección de método científico, examinando la forma de obrar de un hombre de negocios, al planear algún asunto práctico, de un abogado buscando la evidencia, o de un estadista preparando una ley trascendental" y fundamentándolo en que "se puede afirmar que durante largo tiempo las relaciones del hombre con la Naturaleza, tuvieron un carácter eminentemente práctico". Y es que, como yo repito muchas veces en mis explicaciones, que el hombre se normativiza, porque tiene capacidad para ello, en el choque con las cosas, aun cuando el hombre tiene muchas veces que tropezar en la misma piedra y, aún así, no aprende.

Con lo expuesto quiero decir que, en la superación científica actual de la ciencia, el jurista práctico no queda reducido al estudio de unos conocimientos sin fundamento ni mucho menos supone esto que no sepa científicamente todo el contenido del *Tatbestand*, sino que lo estudió y lo supo antes de que Beling hablase de él y lo ha seguido sabiendo científicamente sin estudiar la teoría de Beling.

No negamos el valor, a mi juicio extraordinario, del trabajo de Beling ni el esfuerzo que debió suponer esa gran síntesis, porque, ante las objeciones de otros, comprendió que no era perfecto, como no es perfecto, o no suele serlo, ningún trabajo científico.

La mejor prueba de ello está en los años que llevo estudiando esta subyugante teoría que, a mi juicio, tiene muchos valores y, como el estudio del latín, es formativa. La teoría de Beling es, sin embargo, extraordinariamente útil para un penalista, ya que todos, o casi todos, en más o en menos, nos hemos introducido por su camino. En el caso de Beling, no busca sinónimos que aparezcan como más científicos para elevar formalmente la categoría del contenido, sino que lo que hace es emplear términos que están implícitos en la ley, como ya hemos dicho, y que él aclara filosóficamente o, si queremos, científicamente.

⁵¹ Partiendo de esa idea de que no hay un método especial de investigación, ello nos sujeta más a nuestro pensamiento de la unidad de la ciencia y unificación del método jurídico, en relación con el método que use cada ciencia para la investigación de aquello que lo jurídico ha traído a sí. Realmente cuando se habla de lógica jurídica ello no supone otra cosa que la lógica aplicada a lo jurídico.

He dicho que puede estar obscureciendo por mí cuanto diga en este trabajo y, por ello, es preciso meditar para sacar otras verdades que quizá yo no haya visto. Pero también he dicho que hay cosas, a la sombra, que no pueden ser explicadas por lo reducido del trabajo y que al aludirlas, no sólo tienen una significación pasajera, sino fundamental. Teniendo en cuenta lo que hemos dicho en relación con el problema del sentimiento en Thomson, en orden a un descubrir la verdad, tendríamos que resolver aquí todo el problema afectivo de la culpabilidad⁵² que fundamenta, a base de un *Tatbestand*, el problema de la culpa o negligencia con dirección finalista. No otra cosa es el que nuestros afectos desordenados, pero que los tenemos dentro y son nuestros, nos lleven a la satisfacción de un deseo, precisamente por la conquista del objeto, a veces sin reparar en los medios, que también son normativos. Se trata, en este caso, de una ignorancia vencible. Quiero que se entienda esta comparación, porque realmente se da en sentido inverso, pero es muy aclaratoria.

Nos hemos referido ya al art. 59 del Código Penal alemán y hemos recogido dentro del mismo la palabra *Tatbestand*. Pero para seguir adelante, y hacer consideraciones sobre el mismo, vamos a señalar tres traducciones distintas, porque algunos autores emplean en la traducción la palabra *Tatbestand* y otros no. Precisamente Beling, cuando habla de ello, dice que lo deja a la apreciación de los distintos idiomas. Nosotros creemos que es mejor dejar la palabra en alemán.

La traducción del profesor Prieto Castro y Cárdenas dice lo siguiente: "Al que ignorase, al cometer la acción punible, la existencia de circunstancias de hecho pertenecientes al *Tatbestand legal*, o que agraven la penalidad, no les serán imputadas".

Otra traducción que, como se ve, omite la citada palabra, es la siguiente: "Cuando el autor de un acto punible ignore la existencia de circunstancias que le den este carácter o que agravan la criminalidad, no deberán imputársele estas circunstancias"⁵³.

Hemos visto también la traducción de este párrafo primero del artículo citado del Código Penal alemán, en la obra del profesor Jiménez de Asúa, que viene a ser igual a la de la traducción de Prieto Castro y Cárdenas, y expresamente dice Jiménez de Asúa,

⁵² MANUEL SERRANO RODRÍGUEZ: *Culpabilidad y Pena*. Citado.

⁵³ Es una traducción total del Código Penal alemán de la Revista de Legislación, Universidad y Jurisprudencia Española de 1913, traducida por D. LUIS ZULUETA.

que ha dejado el término alemán de *Tatbestand* para no prejuzgar, al verterlo en castellano, el significado que tenía en su origen, es decir igualdad de *Tatbestand* con tipicidad, que, precisamente, es lo que vamos a dilucidar.

En un principio habíamos traducido la segunda parte o el segundo párrafo del art. 59 del Código Penal alemán, y pensábamos trabajar sobre ello. Es tan interesante como el primero, pero, para no hacer demasiado amplio este trabajo, lo dejamos para la ampliación, ya que casi todos los autores se han limitado al primero o, al menos, con más intensidad.

Para entendernos, y seguir aclarando lo que el *Tatbestand* sea, vamos a poner un ejemplo o, mejor dicho, repetirlo: Si un cazador, en la oscuridad de la noche, dispara sobre un bulto al que cree un animal dañino y lo mata, ignora, naturalmente, que es un hombre. Es decir que esas circunstancias de hecho son a las que se refiere el *Tatbestand legal*. No entremos en la parte que dice "o que agravan la penalidad". Ahora bien, para ver más claro, tenemos que decir inicialmente (aun cuando luego lo aclaremos sobre las palabras de Beling), lo siguiente: Un hombre aparece muerto y, naturalmente, las causas de su muerte pueden ser varias; la muerte natural, la muerte producida por un rayo, por un animal fiero, o por la mano del hombre.

Ya se comprenderá, para delimitar, que en las expresiones recogidas en la traducción del citado artículo del Código alemán ("al que ignorase, al acometer la acción punible"⁵⁴, "Si alguien al acometer una acción punible..."⁵⁵ "Cuando el autor de un acto punible"⁵⁶) nos estaremos dando cuenta de que el sentido amplio de *Tatbestand*, en términos generales y científicos de la vida (aun reducido a la muerte de un hombre), deja descartadas las causas naturales y la actividad del animal (salvo que haya sido utilizada como instrumento) y se ha de referir, exclusivamente, a la conducta de un hombre. Con el ejemplo puesto del hombre muerto por el cazador, nos daremos perfecta cuenta de cuanto queremos decir, o sea, de que la causa de la muerte ha sido otro hombre.

Aquí cabría estudiar el segundo párrafo del art. 59 del Código Penal alemán y, en su totalidad con el artículo, plantear el caso de culpa, caso fortuito, etc. Podríamos, por tanto, estudiar también

⁵⁴ PRIETO CASTRO Y CÁRDENAS.

⁵⁵ Traducción de JIMÉNEZ DE ASÚA.

⁵⁶ Traducción y revisión de LUIS ZULUETA.

el error vencible, lo que aclararía mucho lo psicológico normativo, en cuanto también nos podría llevar a una idea finalista. Se refuerza siempre el concepto psicológico normativo de la culpa pensando: "tengo capacidad (psicológico) para comprender la norma" o ley que cobija el hecho (normativo) y "puedo o no puedo". Es el concepto más claro de la culpa, de un saber y un poder, problema sobre el que no entramos ahora, como hemos dicho, y que ha sido uno de los fundamentales en nuestras publicaciones.

Dejando a un lado, por ahora, el problema de los elementos subjetivos en relación al *Tatbestand*, así como el de las llamadas condiciones objetivas de punibilidad, tenemos que precisar inicialmente lo que es el *Tatbestand*, en sentido más concreto de *Tatbestand de la vida*, y referirnos al *Tatbestand legal* y, a su vez, diferenciarlo de la antijuricidad y de la culpabilidad, aun cuando éstas son imprescindibles para precisar el concepto de *Tatbestand legal*.

Dice Beling que en la palabra *Tatbestand*, usada por la ciencia alemana antes que él, no se resaltaba su significación fundamental, pues no es tan gráfica como para extraer el concepto que quiere significar, significando, según un léxico muy extendido, el hecho real a calificar (*Tatbestand concreto*, *Tatbestand de la vida*, caso real), que se dividía en externo e interno, y confesando que el término, en cuanto a abreviatura de *Tatsachenbestand* "sucesidos" es más adecuado para esto que para otra cosa. Pero luego Beling concreta, y quiere decir que el *Tatbestand*, entendido ya como una abstracción jurídica, es otra cosa, como vamos a ver.

Es muy interesante la idea del hecho real, a calificar como interno y externo, pues está en relación con el problema de la esencia en lo eidético, o forma y materia. Todo ello lleva a la idea platónica y al concepto de "ente jurídico" de Carrara. No está descaminada la idea de que el *Tatbestand*, en cuanto, precisamente en la expresión de Beling, es un "abstracto jurídico", y asegura que es el contenido legal del hecho, podíamos decir, en toda su extensión y profundidad, ya que como concepto troncal —afirma el propio Beling— vale para ello. Por eso el *Tatbestand* se ve "a posteriori" en cada caso de delito y tiene un completo reenvío, como tipo del hecho a dilucidar (o sea, muerte, lesiones o apropiación de la cosa), al tipo de delito completo comprensivo de lo antijurídico y de lo culpable. En consecuencia, el *Tatbestand* se concreta, como *Tatbestand legal* tipificado, como se concreta la antijuricidad amplia en relación con una antijuricidad tipificada.

El tipo, así visto, no va a ser un *Tatbestand* amplio o de "sucesidos", sino un *Tatbestand legal* ya más delimitado. Pero, aun así,

ese *Tatbestand* legal está todavía "en montón" y es preciso delimitarlo más, como vamos a ver. Ahora bien, aun cuando este *Tatbestand* legal, como posición descriptiva, se diga que no tiene elementos valorativos, en cierto modo incompatible con lo que ya se dice de *Tatbestand* legal, podemos afirmar que dichos elementos los tiene en potencia y a determinar y, por eso, es neutro, funcional y relativo. No hace falta considerar el *Tatbestand*, en principio, como idéntico a delito en su totalidad, sino todo lo contrario.

Para verlo con claridad tenemos que adelantar la idea de regulador del *Tatbestand*, precisamente, como condición lógica que se antepone al tipo de delito, pero que ha de ser probada por verificación en un continuo camino de investigaciones, y, por ello, siempre hace referencia "a posteriori" al tipo de delito. Para entendernos, el tipo de delito no es que esté probado antes, sino que, una vez probado que reúne todos los requisitos, es cuando da valor, por verificación, a la forma lógica que se le antepone, que es el *Tatbestand* legal.

Creemos que la solución del problema se resuelve con la idea del "tercio excluido", y así la investigación completa del caso encajará en las condiciones lógicas antepuestas, por eso, hemos de precisar el delito como objeto de nuestro estudio en su completa totalidad sin que sea posible la alternativa de "esto o lo otro", sino concretamente "esto, o lo otro". Es ésta la labor más difícil de todo problema investigador.

EL ESCRITO DE CALIFICACIÓN

Un escrito de calificación, aun cuando sea provisional, no hace otra cosa que buscar el encaje de un hecho real de la vida en una disposición jurídica. Una sentencia lo mismo, después de todas las pruebas. Por eso, el juez instructor del Sumario ha de recoger éstas con toda precisión y acumularlas en el sumario.

Supongamos que ese "sucedido" es la muerte de una persona. El *corpus delicti*, sobre el que vamos a aclarar algo, nos va a demostrar con prueba tasativa científica (y ahí está la intervención de los científicos), mediante la autopsia y, naturalmente, todas las pruebas de convicción, que aquel hombre murió por un rayo, o que murió por un derrame cerebral. Esto es un *Tatbestand*, un "sucedido". Mas cuando el juez va al lugar del suceso, aunque le digan que murió de muerte natural, tiene que averiguarlo. Piensa mentalmente en varias hipótesis de muerte, y esto es lo que tiene que aclarar. Es una hipótesis de *Tatbestand* legal, porque supone, como el legislador supuso para determinar el *Tatbestand*, que aquello

puede ser antijurídico y culpable. He dicho puede ser antijurídico y culpable, y no que pueda ser delito, porque en buena técnica de análisis, puede ser antijurídico, y no obstante, no ser delito, lo que en principio os va a extrañar. Ahí está precisamente la interpretación del art. 59 del Código Penal alemán, porque realmente no ha habido culpabilidad. Volvamos al ejemplo: matar a un hombre, en las condiciones del cazador, no hay duda de que es antijurídico, pero si lo mató ignorando que era un hombre, y su ignorancia era inexcusable, no puede estimarse delito porque falta la culpabilidad. Hemos excluido un delito habiendo un *Tatbestand* por falta de culpabilidad, luego la culpabilidad entra para definir el concepto del *Tatbestand*. Entra, pero no es igual a él. El tipo ha descrito, evidentemente, la muerte de un hombre, pero esa muerte es una realidad objetiva que necesita ser voluntaria, en la coincidencia de lo objetivo (muerte de un hombre), con lo subjetivo (voluntad de matar).

Supongamos que un hombre ha sido muerto voluntariamente, con lo cual la coincidencia de lo objetivo con lo subjetivo es clarísima. Se ha producido el *Tatbestand* perfecto, pero un *Tatbestand* legal excluyente si la muerte ha sido producida en legítima defensa. La evidencia es clarísima, pues el "tipo muerte" se ha dado y la "voluntad" de matar también, pero, evidentemente, ha faltado la antijuricidad. Con ello, creo puede distinguirse perfectamente el *Tatbestand*, la antijuricidad y la culpabilidad, aun cuando éstas sean imprescindibles para delimitar aquél como una abstracción jurídica.

Por eso, inicialmente, hemos partido de los *Tatbestand*, como un acervo común, pensando primeramente en todas las causas que pueden producir la muerte de una persona y, después, reduciendo las causas a una actividad humana viendo cómo ésta se ha producido.

IDENTIFICACIÓN

Lo primero que hay que aclarar es el concepto de identificación, que se corresponde con "lo mismo", y no, como algunos creen (aun cuando es opinión aceptada), que identificación es lo mismo que igualdad. También es preciso aclarar que la identificación no corresponde exclusivamente a la identificación del autor del hecho o de la víctima, incluido el hecho mismo o partiendo de su identificación, o sea, que coincida cómo el hecho se dio en la realidad y cómo nosotros comprobamos tal realidad. Es decir, va a ser la conformación de nuestro pensamiento a la realidad y de la realidad a nuestro pensamiento. Esta es la verdad lógica y ontológica. Se trata en toda investigación de hallar la verdad, naturalmente que, como en todo lo humano, dentro de los límites de la posibilidad humana.

Peirce define la verdad de este modo: "Entendemos por verdad, la opinión destinada a que, en última instancia, asientan a ella todos los investigadores, y el objeto representado por esa opinión es lo real". Creemos más exacta la que recoge Dewey, cuando dice: "La verdad es aquella concordancia de una formulación abstracta con el límite ideal hacia el cual la investigación sin fin tendería a llegar a la creencia científica, concordancia que la formulación abstracta puede poseer en virtud de la confesión de su inexactitud y unilateralidad y esta confesión constituye un ingrediente esencial de la verdad".

Ya tenemos aquí la idea concreta de abstracción, uno de los puntos que resalta Beling, y que queda aclarado con las palabras anteriores. En mi trabajo sobre "Ciencias penales y Derecho penal" interpreto yo este sentido de abstracción en relación con la voluntad y la realidad del caso concreto, afirmando cómo la voluntad que quiere la ley, en su abstracción, es la que luego se precisa en el caso concreto. Por eso, es cierto lo que dice Jiménez de Asúa de que la tipicidad, refiriéndose a la antijuricidad tipificada, es la concreción de lo injusto, lo que concretiza el injusto. Pero, para entendernos, esta concretización sigue siendo abstracta, pues, sólo por la prueba y, por ello, "a posteriori" se puede precisar, en el caso real, lo concreto. Esto vale exactamente, por tanto, para la abstracción concreta de lo antijurídico y la abstracción concreta de la culpabilidad, si bien ésta se concreta menos en los Códigos, dejándose a la apreciación, básica de imputabilidad, del dictamen pericial, que se concreta menos que la antijuricidad. Pero como lo que hay que probar es la realidad del hecho, la labor de investigación científica, por los llamados a intervenir en la administración de justicia y de otros campos, es la que tiene que dar la verdad de la auténtica prueba, podemos decir, de la certeza o verdad en ambos casos.

Dicho esto así, se verá cómo efectivamente el *Tatbestand* es el "núcleo central" del delito y sobre el cual se unifican todos los demás elementos, ya que, como dice Beling, es el concepto troncal del Derecho Penal, sin el cual desaparecería toda la parte especial y caerían por tierra todas las especulaciones.

Para entender con más claridad lo que sea el *Tatbestand* legal, vamos a recurrir al art. 226 del Código Penal alemán⁵⁷. Dice así: "Cuando la lesión hubiere ocasionado la muerte de la persona maltratada se impondrá al culpable la pena de tres años de reclusión o prisión como mínimo". A primera vista puede parecer para el

⁵⁷ Nos referimos al Código Penal alemán de 1870 por ser sobre el que trabajó Beling.

profano que el *Tatbestand* legal es la muerte de la persona, porque ello es el "sucedido", podíamos decir, en general, si partimos de esa muerte que puede ser producida por el rayo o por un animal. Si concretamos teniendo a la vista el precepto, que se refiere al culpable, tenemos que observar una conducta humana, como productora del hecho. Pero el hecho es la muerte y, sin embargo, esta no es el *Tatbestand legal*, sino simplemente la lesión, porque el *Tatbestand legal* de éste precepto concreto es la lesión objetiva que quiso producirse y no el "añadido" de "muerte". En la lesión querida es donde coincide la voluntad subjetiva con la objetiva de la lesión y nada más, aun cuando luego cuenten los añadidos objetivos, como es la muerte. El resultado mayor es adicional. Esto último, o sea, el resultado mayor es a lo que Beling llama, equivocadamente a mi juicio, "condiciones objetivas", que no entran en la definición, o en el concepto del *Tatbestand*, de este artículo, es decir, no entra la muerte en la persona, aun cuando agraven la pena dichas objetividades como acaecido mayor.

Así como en el Código alemán hay que partir de este precepto expreso definidor del *Tatbestand*, en nuestro Código Penal hay que partir al revés, o sea, del art. 407 que define el homicidio, y después ir al art. 9.º circunstancia 4.ª, o al art. 50 ya que uno y otro definen la preterintencionalidad o el delito distinto, según quiera verse. Nos quedamos, por el momento, con la circunstancia 4.ª del art. 9.º, quizá para mayor claridad, en tanto en cuanto no precisemos el art. 50. Naturalmente que ello hay que relacionarlo con la totalidad del art. 1.º y especialmente, por tanto, con lo dispuesto en sus párrafos 2.º y 3.º, como vamos a ver. El art. 407 determina: "El que matare a otro será castigado como homicida con la pena de reclusión menor". La circunstancia 4.ª del art. 9.º dice: que es atenuante "la de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo". Esto lo complementamos con el párrafo 1.º del art. 1.º que define el delito y la falta como: "Acciones y omisiones voluntarias"; con el párrafo 2.º en que le dice que dichas "acciones y omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias a no ser que conste lo contrario"; y, a su vez, con el párrafo 3.º en que se establece: "El que cometiere voluntariamente un delito o falta incurrirá en responsabilidad criminal aunque el mal causado fuere distinto⁵⁸ del que se había propuesto ejecutar".

⁵⁸ Aquí como vemos puede aplicarse el art. 50 o la circunstancia 4.ª del art. 9.º, porque habla de delito distinto. No entramos en este problema del artículo a aplicar por no hacer extensivo el tema, y nos remitimos a los "Comentarios sobre el Código Penal español" de nuestro querido compañero y amigo el profesor FERRER SAMA.

No hay duda de que, con toda claridad, el segundo párrafo del art. 1.º, se corresponde con la definición de *Tatbestand* o, mejor dicho, con la idea de donde sale el concepto de *Tatbestand* en relación con el art. 59 del Código Penal alemán que se concreta en el citado párrafo del Código español cuando dice que “siempre” se reputarán voluntarias las acciones y omisiones, a no ser que conste lo contrario. De este modo, en principio, habrá que estimar, inicialmente, la hipótesis de que la muerte de una persona es lo que ha sido voluntario, y no la lesión. La hipótesis de la muerte violenta causada por otra persona, a simple vista, lejos de ser una proposición final y completa, constituye el dato o punto de partida para averiguar, dentro del acervo común de los géneros de muerte, la causa y si ésta fue la lesión, o pudo ser una condición más que coadyuvó a dicha muerte. Dice Beling, y ello es cierto, que constituye sólo un factor el orden que ha de seguir en el exámen de las cuestiones que la subsunción presenta, ya que los elementos del concepto teórico del delito se hallan en una graduación, pero que se necesita, para allanar todo, una fórmula de disposición. Baumgarten habla, en análogo sentido, de una fórmula de demostración. Concretamente, para que nos entendamos, es la prueba partiendo del dato. Beling sigue añadiendo que esta prueba, o demostración, se consigue si empleamos el “rector” legal penal, o sea, el *Tatbestand* como cable conductor. Después, refiriéndonos a los tipos secundarios en relación, como es natural, a la parte objetiva, dice que hay que partir del *Tatbestand*, en primer lugar porque todas las investigaciones posteriores dependen de ella, mientras que ella es independiente de las mismas.

Por tanto, partiendo de la muerte de la persona, que es la que condiciona la ulterior investigación y la determinación de su género especial (por eso el *Tatbestand* es especial para Beling), habrá que determinar también las consecuencias ulteriores de acuerdo con un concepto jurídico: la proposición “si —entonces—”.

El problema se resuelve en la idea de proposiciones correctas y verdaderas, con la idea de la verdad, de que hemos hablado anteriormente, y es preciso superar la creencia de sentido común, en orden a la investigación científica, buscando el antecedente y la causa, precisamente porque se postula.

El carácter funcional del *Tatbestand* se aclara por la idea de identidad, que es la que auténticamente posee una fuerza funcional en relación con el objeto que estudiamos o sometemos a la investigación, y que lo hacemos en el caso concreto del *Tatbestand*, que

es, podríamos decir, el canon inicial de identidad para comprobar el "sucedido" real, delimitado científicamente, con las reglas de causalidad y, a su vez, con la delimitación que establece el *Tatbestand* legal.

EL TIPO DE DELITO Y EL "TATBESTAND"⁵⁹.

El contenido del *Tatbestand* legal lo determina tal o cual tipo de delito, o sea, que el propio *Tatbestand*, no determina su contenido y sólo dice que hace falta un dolo o una culpa, pero que, para precisar qué dolo o qué culpa hace falta, se necesita ir al tipo de la parte especial. Y así habla de la referencia recíproca. Esto mismo viene a decir cómo es la esencia del *Tatbestand*, que supone la unión de todos los elementos heterogéneos como un todo homogéneo; la "sustracción de una cosa mueble ajena domina toda la totalidad". El *Tatbestand* legal es un concepto troncal penal; del cual irradia la totalidad de los restantes conceptos jurídico penales.

No obstante, Beling dice que lo que interesa es delimitar con toda precisión el *Tatbestand* legal frente al tipo de delito y, consecuentemente, la función que desempeña la adecuación al *Tatbestand* en relación, de una parte con el *Tatbestand* mismo, y de otra con la tipicidad. Todos estos problemas son los que Beling trata de aclarar en su trabajo, así como nosotros tratamos de aclararlos igualmente en la medida de nuestras fuerzas. Tratamos de precisar la relación y diferencia entre *Tatbestand* e injusto, entre adecuación al *Tatbestand* y antijuricidad, así como la misma relación y diferencia entre *Tatbestand* y culpabilidad y, más concretamente, según mi opinión, entre adecuación al *Tatbestand* y Culpabilidad. Todo ello puede hacerse porque el *Tatbestand* legal es un concepto troncal penal del cual irradian, como se ha dicho, los restantes conceptos jurídico-penales.

⁵⁹ "A la luz de esto" dice Beling que cada "Tatbestand" legal se deriva del tipo de delito y, en relación con el art. 226 del Código alemán, comentado dice: que ello o con ello se nos aparece con toda claridad la significación que el art. 59 del Código Penal alemán tiene y la que no tiene. Como se refiere al art. 226 de lesiones con resultado de muerte, dice, que la muerte no pertenece al "Tatbestand" legal, precisamente porque el "Tatbestand" o, mejor dicho, porque la culpabilidad como contenido del "Tatbestand" legal determinado no necesita extenderse a la muerte, añadiendo que lo que exige el art. 59 es un "rector común" para la parte objetiva y subjetiva. Se remite al concepto de "Tatbestand" legal. Pero como el contenido de ese "Tatbestand" nos lo dan cada uno de los delitos de la parte especial, a ellos hay que remitirse.

Para entender como el *Tatbestand* tiene función reguladora, pensando en lo dicho del "tercio excluido", hemos de pensar en todas las posibilidades de conjunción y de adición, de disyunción y de multiplicación. Así entenderemos su función reguladora, relativa y funcional, así como su carácter neutro, pues es relación entre la adecuación al *Tatbestand* legal y la antijuricidad presenta aquello que es lo relativo y hace relación a otro, o cuando es el ser portador de una relación. Y se llama relativo, desde el punto de vista conceptual, aquello que no puede definirse sin relación a otro ser. Como estamos refiriéndonos a la antijuricidad (desde el punto de vista del valor), nos damos cuenta de que efectivamente el *Tatbestand*, en principio, puede ser neutro, pero, en cuanto es relativo funcional, que es lo que vale únicamente, de manera condicionada. Por ello aquí se ve lo funcional como condicionado por la variable, o sea, constante de un hecho sucedido y variable en las causas que lo producen. Tenemos que estudiar aquí la causa y la condición como aquello de lo que una cosa depende en un orden cualquiera. Por eso, la posición de Beling es recíproca, que es lo que hay que ver con precisión, pues se produce como correlativa, o sea, relación de un ser con otro ser. Ello no dice nada, sino al contrario lo que afirma es que el *Tatbestand* y el delito, como conceptos, son reguladores y no constitutivos, pues por ello están vacíos de contenido. Para entenderlo, en esta correlatividad o relación recíproca de un ser con otro ser (que como existencial va a llenar un concepto), hemos de acudir a la idea de "mayor a menor". Y así se ve, en una culpabilidad exigida por el *Tatbestand* de un modo indeterminado, una precisión de lo que la culpabilidad sea y su determinación en el tipo, como tipicidad total, y las consideraciones que Beling hace sobre el tipo general y especial, que es lo que precisa. En la tipicidad total, decimos, ya que Beling en la modificación de su trabajo define el delito, muy acertadamente, como acción típicamente antijurídica y típicamente culpable.

Se trata, en resumidas cuentas, de la idea del canon para la identidad de una cosa consigo misma, que es lo que constituye la identificación en relación con una auténtica relación científica. El problema funcional se resuelve a base de la proposición universal, en su verificación, ya que constituye —esa proposición universal— el medio para resolver el problema, o sea, que el dato probatorio, en este caso el hecho, pero como *Tatbestand*, es funcional y, por tanto, hay que ejecutar la operación prescrita por la proposición, o sea, verificarlo, lo que probará la fuerza y significación de la proposición universal como medio de solución del problema de que

se trata. Por eso, cabe aquí partir de una condición objetiva como dato externo o hecho exterior, sin añadidos psicológicos, por el momento, precisamente como quiere Beling, y está en lo cierto, en relación a los elementos psíquicos subjetivos.

Si partimos de que el primer elemento constitutivo del tipo de delito de que se trata no es el *Tatbestand* legal, sino la acción o conducta que se adapta a ese *Tatbestand*, vamos a entender que el *Tatbestand* sea un concepto neutro y, que si bien es muy difícil separar lo valorativo, lo que vamos a hacer es calificar; la valoración se va a realizar, por ese carácter neutro, si nos damos cuenta de lo valorativo relativo y funcional que, saliendo de la propia naturaleza del hecho, se resuelve recurriendo al hecho mismo que, por tanto, será la base material para las modificaciones de la hipótesis, si queremos "legal" o "de hecho", que es igual, puesto que estamos en el círculo vicioso de que habla Beling, y que se da por naturaleza en este estudio. Pero realmente no hay tal modificación en el caso concreto del delito, porque se prueba al final, y tiene que coincidir consigo misma en su auténtica realidad. Por ello *Tatbestand* y delito son dos conceptos que han de llenarse con la realidad, y ambos son regulativos del hecho mismo; lo constitutivo es la acción que se adapta a ambos y, por eso, es igual decir hipótesis de hecho que hipótesis legal, cuando ya el primero está delimitado como concepto legal. Da igual, por tanto, decir contenido legal del hecho que contenido real de la legalidad, considerando ésta como concepto, porque no se trata de resolver un problema de hecho simplemente fuera del precepto legal, sino aquello que concuerde con lo descrito en la ley. Por eso el art. 59 del Código alemán trata de las circunstancias de hecho recogidas en la ley y conocidas por el autor.

Las posibles modificaciones de la hipótesis, como un "sí —entonces—" en el orden jurídico, se darán a base de ese error material sufrido por el autor, que nos hagan pensar (juicio constantemente derivado como proceso de la investigación) que aquel hecho no fue voluntario precisamente por el error. Se trata, como se ve, de incluir o excluir la especie o el hecho en una especie o clase determinada, a base del "tercio excluido", como debe utilizarse en la investigación, como condición lógica antepuesta y, como quiere Beling, demostrada "a posteriori" en la investigación cuando realmente se ha probado todo.

TATBESTAND GENERAL Y ESPECIAL.

Como consecuencia de concretar ya el *Tatbestand* extraído de

la masa común del sucedido en un *Tatbestand* legal, —dice Beling— que se corre el riesgo de errores, pues el *Tatbestand* general del delito, como totalidad de los elementos conceptuales del mismo, es decir, con inclusión de la antijuricidad y de la culpabilidad, se opone al especial, o sea, al propio de cada especie de delito, —añadiendo— que se corre también el riesgo de incluir en el *Tatbestand* especial las notas internas del tipo del delito de que se trate, como por ejemplo, en el hurto, la intención de apropiación injusta. Sobre este punto, aclara una objeción de Frank partiendo de la base de que Beling admite al menos, según expresión de Frank, un *Tatbestand* general, a lo que contesta Beling que efectivamente lo admite, pero lo aclara, y yo quiero igualmente aclararlo, a mi modo, para entendernos.

—Concretamente dice Beling—, después de admitir ese *Tatbestand* general: “lo que yo discuto es la conveniencia de la denominación de este concepto con el nombre de *Tatbestand* general. Y esto por dos razones: de una parte, porque el *Tatbestand*, en sentido técnico, tratado en esta monografía, se oscurecería en su significación y, por otra parte, porque el *Tatbestand* general del delito no es otra cosa que una expresión pomposa e innecesaria para el concepto del delito mismo”. Pero para aclarar esto es necesario recoger lo que dice anteriormente. Refiriéndose precisamente a la necesidad de precisar el *Tatbestand*, sin el cual todos los elementos del delito caerían por su base, dice: “de esta suerte, pues el *Tatbestand* legal muéstrase como el concepto troncal jurídico penal, del cual irradia la totalidad de los restantes conceptos jurídicos-penales, en el sentido de que sin él no puede suministrar ningún resultado concreto definitivo. Contra esto no dice nada el que se aisle la parte general del conjunto del Derecho Penal, pues al hacerlo se toman los *Tatbestand* como una masa unitaria, pero “el *Tatbestand*” no desaparece en modo alguno, como lo prueba el hecho de que las teorías generales, para hacerse plásticas, han de acudir siempre a tomar como ejemplo uno de los *Tatbestand*.”

Yo creo que hay que precisar que en la parte general se tomen los *Tatbestand* como una masa unitaria, como se dice, y que el *Tatbestand*, como abreviatura de *Tatsachenbestand* —“sucedidos”— se considere, podíamos decir, como una masa unitaria informe a la que hay que dar forma jurídica. Creo que esto es algo muy esencial que hay que definir y, para ello, vamos a ver si lo logramos con un ejemplo concreto, basándonos en que las teorías generales se hacen plásticas partiendo de uno de los *Tatbestand* específicos. No vamos a tomar aquí la expresión “sucedidos” en el sentido am-

plio de que un sucedido es “la muerte de un hombre”, y otro sucedido es “tomar una cosa mueble ajena contra la voluntad del dueño”. Vamos a tomar, reducido, como “sucedido” exclusivamente “la muerte”, o “el traslado de un lugar a otro” de una cosa. En este último, caso por ejemplo, el traslado de un mueble, o de una cosa mueble, de la casa de A a la casa de B. En la muerte de una persona, o en el hombre muerto hallado en un camino, esa muerte la tomamos “en montón”, es decir, sin saber la causa. Si queremos ya encuadrarla en el *Tatbestand* legal, tenemos que partir de la muerte de esa persona por otra persona. Ese “sucedido” es ya más concreto y es el *Tatbestand* legal, pero en un principio el sucedido, —repetimos— lo hemos tomado “en montón”.

El *Tatbestand* general a que se refiere Beling, lo tomamos también así, “en montón” o, como se dice, como “masa unitaria”. Ya hemos dicho en otro lugar que: con un tipo de injusto “muerte de un hombre” y un tipo de culpabilidad “de estafa” no puede formarse el *Tatbestand* legal. Y ello es evidente. Luego tenemos que descartar que ese tomar en “masa unitaria” el *Tatbestand*, en la parte general, no es otra cosa que la definición propia del *Tatbestand* abstracto, como definición del *Tatbestand* mismo. Lo que se toma, por tanto, como “masa unitaria” no es la masa de todos los *Tatbestand*, sino el concepto de *Tatbestand* como una abstracción de cómo han de ser los *Tatbestand* de la parte especial. Por eso lleva mucha razón Beling cuando dice que “hablar del *Tatbestand* general del delito, no es otra cosa que una expresión pomposa e innecesaria para el concepto del delito mismo”. Pero esto necesita una explicación. Si decimos que la tipicidad, recogida en el art. 1.º del Código Penal está en este artículo solamente, y a esto lo llamamos general, decimos una verdad a medias, porque precisamente hemos repetido que está en el art. 1.º y en todos los demás del Código, e incluso las Leyes especiales. La comparación de este artículo con todos los demás preceptos del Código es lo que aclara la discusión, a mi juicio, de que no hay un *Tatbestand* general, en la medida que lo quiere expresar Frank, y sí como lo aclara Beling, ya que, con esta expresión solamente, aparte de que no se dice nada, lo que tenemos que buscar son los tipos de delito en los que un acto se pena, y así sabremos cuales son los delitos a que se refiere el art. 1.º

Partiendo del análisis de un cádaver, sin conocer aún la causa de la muerte, se presenta tal situación existencial como materia inderteminada, o material tosco en relación a averiguar la auténtica causa productora. Es decir aún hay indeterminación o imprecisión de causa.

Hemos de pensar para fijar la idea de *Tatbestand legal*, que las formas advienen a la materia, y no la materia a las formas, pues, si esto fuese así, resultaría evidente que en vez de ser "formas de la materia", serían "formas de las formas", con lo cual el Derecho, precisamente por ser finalista, no conseguiría sus fines. Aquí se ve como las formas advienen a la materia, deduciéndose de ello cómo el *Tatbestand* nace del *corpus delicti* y no al revés, aun cuando luego parezca un proceso inverso al delimitarse lo que se quiere en el *Tatbestand legal*. Se ve esto cuando pensamos que al Derecho sólo le interesa averiguar la muerte de una persona si ha sido producida por otra y en determinadas circunstancias de antijuricidad y culpabilidad. Al determinarlo así parece formalista, pero es todo lo contrario, ya que esta forma legal ha accedido a la materia, o sea, a la muerte de un hombre por otro hombre como hecho real. Por eso, el primer elemento del delito no es el *Tatbestand legal*, como constitutivo, sino la adecuación de una conducta al *Tatbestand legal*; y si, por otra parte, se cree entonces que es constitutiva la antijuricidad, y no regulativa del hecho, también nos equivocamos. La antijuricidad es constitutiva de delito, pero lo constitutivo es la acción que se adapta a tal antijuricidad.

Hemos de tener en cuenta, como dice Beling, que, para fijar los tipos de delito, el legislador se sirve, en parte, de conminaciones penales fijas para el tipo que trata de ser comprendido por ellas, y de otras que, variables en su medida, se refieren a los tipos de las primeras y son, según los casos, de magnitudes diferentes; siendo las primeras, o tipos independientes, el contenido de la parte especial con sus especies y subespecies de delito que van en línea recta de cada tipo a la pena, y las segundas, para que entendamos por ejemplo la tentativa, van del tipo independiente dando un rodeo como figura típica secundaria y no utilizables sin el tipo independiente. Por ello nos vamos a dar cuenta de cuanto queremos decir, ya que, realmente, las referencias a estos tipos secundarios, salvo especificaciones muy raras en los tipos independientes, están igualmente en la parte general y, podríamos llamarlos, entonces, tipos secundarios generales comparándolos con lo que se dice del *Tatbestand* general y especial. Ello no es cierto, porque ya decimos que los tipos secundarios sólo pueden darse, por muy generales que sean, en relación con el tipo especial. Visto así, esto supone una confirmación de lo que Beling quiere decir con tipo general y especial, pues para nada valdrá la definición del *Tatbestand* general, en el art. 1.º de nuestro Código, sin las referencias al tipo del *Tatbestand* recogido en la parte especial.

Si quisiéramos explicarlo mejor volveríamos a recurrir, para entenderlo, a la comparación entre el párrafo 59 del Código Penal alemán con nuestro art. 1.º, en su primera parte, y en toda su extensión. Dice Beling que el párrafo 59, al mencionar el *Tatbestand* legal, no resuelve el contenido de éste, sino que se remite a la parte especial y que el párrafo 59 no tiene nada que ver con el problema de la culpabilidad ni de los problemas de dolo y culpa, sino que dice solamente que tiene que haber un dolo o una culpa en concordancia con el "rector" de la parte objetiva. Si nos fijamos en la definición de nuestro art. 1.º, en su totalidad, que es el que podría ser llamado *Tatbestand* general, con el complemento de otros preceptos de la parte general, no hace otra cosa que decir que para que exista un *Tatbestand* legal se necesita un dolo o una culpa específico, y esa especificación, o sea, el grado de culpabilidad, o la clase de culpabilidad está, de un modo directo, en el tipo de la parte especial, y podemos tomar como modelo el tipo medio de dolo directo, sin agravantes ni atenuantes, con independencia de las especies y de las subespecies⁶⁰.

Por eso interesa aquí destacar la posición de Beling en cuanto a tipo general y tipo especial. Yo creo que la idea del *Tatbestand* general es como la abstracción o concepto abstracto de lo que es el *Tatbestand* en cada delito. Es decir, la correspondencia que hay entre la definición general de delito del art. 1.º de nuestro Código y su relación con los distintos tipos de delito. Cuando explico, digo siempre que no es cierto que la tipicidad esté solamente —como se dice— en el art. 1.º, sino que lo está en el art. 1.º y en todos los demás, y concretamente, está en todos los demás artículos más que en el art. 1.º pues si en los distintos delitos no se especificase el tipo, no habría tal tipicidad de la acción en toda su amplitud. Es cierto, entonces, que es innecesario hablar "de un *Tatbestand* general que involucra", como dice Beling y, a mi juicio, está bien lo que dice. Bien claro se ve en cuanto afirma con insistencia y, a través de todo su trabajo, en varias partes del mismo.

⁶⁰ Pero este tipo medio de dolo directo tampoco está en el tipo de la parte especial y sí sólo en principio, pues habrá que ir a la parte general donde se gradúan las penas a base de culpabilidad e incluso relacionar el caso fortuito con la culpa para fijar todo. Esto también parecería una generalización de la culpabilidad, con referencia a una culpa específica y, no obstante, es todo lo contrario, pues lo que vale y se fija, después de todo el rodeo, es la culpa específica que, junto con la antijuricidad perfectamente delimitada, es la que fija el delito específico.

ENTE JURÍDICO: ENTIDAD.

Quiero traer aquí algunas consideraciones para demostrar, lo que tenemos dicho en otros trabajos⁶¹, que el *Tatbestand* de Beling no es otra cosa que el “ente jurídico” de Carrara, o el delito como ente jurídico, así como que el *Tatbestand* precisa de la idea de “entidad” en toda su extensión y profundidad. En otro lugar hemos señalado, a los efectos de la investigación, que debíamos partir del ejemplo de cómo realiza los actos un hombre de negocios. Leí hace tiempo que una sociedad o empresa creada, me parece que en Italia, con el nombre de “Ente Nacional de Hidrocarburos”, o algo semejante, a base de la relación de todas sus aplicaciones, fue creando complejos dependiendo de su idea inicial. Complejo que, como su misma palabra dice, se extendía a derivados del núcleo central, lo que unificaba toda la amplitud que el concepto de empresa llevaba en sí según la mente de su fundador. Esta es la base que yo tomo para pensar en la idea de “Entidad” como coordinadora de los distintos elementos heterogéneos, precisamente en relación con una finalidad. Vamos a precisar esto, con referencia a Carrara. Dice Carrara que “el delito como hecho tiene su origen en las pasiones humanas, que empujan al hombre a violar los derechos de sus semejantes, a pesar de la ley que prohíbe hacerlo”. Y —añade— “que precisamente el delito, como ente jurídico, tiene su origen en la naturaleza de la sociedad civil”.

Hablamos aquí de la extracción de lo que nos interesa de todo un material tosco existencial que hay que regular, pensando en la propia naturaleza humana y las formas de relación jurídica. Precisamente, en este aspecto, se ha dicho que las formas procesales eran formalistas. La perfección actual del contrato de compra-venta nace también del hecho de la relación entre los hombres y, lejos de ese carácter formalista, se llegan a formar las actuales sociedades con fundamento en la naturaleza de las cosas, y en aquellas formas toscas iniciales, porque las formas advienen a la materia. Naturalmente esto hace referencia a los primeros principios y conclusiones y determinaciones próximas, de que tanto hablamos.

Al precisar Carrara que el delito no es, o no se define, como acción, sino como infracción, está delimitando el contenido del *Tatbestand*. No es, ni mucho menos, que identifiquemos *Tatbestand legal* con delito, pero sí, cómo Beling afirma, para la precisión del

⁶¹ MANUEL SERRANO RODRÍGUEZ: *Universalidad del Derecho y Unidad de la Ciencia*. Citado.

Tatbestand hay que recurrir precisamente al tipo especial (y el *Tatbestand* está delimitado jurídicamente y, por eso, se llama legal, con un contenido antijurídico y un contenido de culpabilidad, aún no precisos) y si decimos que es el núcleo central donde convergen todos los demás elementos, la igualdad de la idea de Carrara es exacta al considerar el delito como ente jurídico y, por tanto, el *Tatbestand* lo es también, si está delimitado jurídicamente, es regulador de los tipos de delito y, a su vez, recíproco.

Carrara dice muy exactamente, que "la idea de delito es de relación". Y, al ser relación, es un problema de relatividad. Por eso aclara, muy ciertamente, que esa relación es la contradictoria entre el hecho del hombre y la ley. Y como dice que es "ente jurídico" se le da el nombre de delito, u otro sinónimo. Si bien el *Tatbestand* no se identifica con delito, el concepto es el mismo, en cuanto a unificación en un punto de los elementos heterogéneos. Si añadimos lo que dice Carrara "es un ente jurídico que para existir tiene necesidad de ciertos elementos materiales y de ciertos elementos morales, cuyo conjunto constituye su unidad. Pero lo que completa su ser es la contradicción de esos elementos con la ley jurídica". No creo quepa duda de cuanto queremos decir. Así se comprende perfectamente la idea de *Tatbestand* general y *Tatbestand* especial, precisamente unificados y, a su vez, la idea de "entidad" en toda su extensión.

Con independencia de la idea de las normas de Binding, la nueva posición posterior de Beling de tomar su base en los elementos de la legislación positiva y, por tanto, partir, a su vez, de los hechos concretos, no supone otra cosa que lo que debe hacerse en cuanto a la perfecta delimitación del delito como posición de seguridad, que es lo que interesa, ya que no supone nada más que concretar con precisión los tipos. El hecho de partir de la realización concreta es evidente como prueba, y parte de la idea del *corpus delicti*. No debemos olvidar que la idea de relación expuesta por Carrara implica la idea de relatividad o correlación y, por ello, vemos que el *Tatbestand* es relativo y funcional.

Para darnos cuenta exacta de lo que sea el *Tatbestand legal* hemos de relacionarlo. Si observamos que la muerte no querida, pero producida por la acción inicial del hombre (que se concatena con otras causas o condiciones), no entra en el *Tatbestand legal* y no entra, según expresión del autor, porque en ella, o sea, la muerte no fue abarcada por la culpabilidad, y luego afirma que el parágrafo 59 del Código Penal alemán, que es el relativo al *Tatbestand*, o el que emplea la palabra *Tatbestand*, no dice como se constituye la culpa, sino

que sólo lo indica, aunque no lo expresa, pero lo dice de un modo implícito, que, para que surja un delito determinado, hace falta tal dolo o tal culpa. Por tanto resulta clara toda la idea del *Tatbestand*, aunque aparentemente contradictoria, salvo que tengamos siempre presente que hay que ir a los tipos especiales, o de la parte especial, *a posteriori* y como prueba. Por ello el *Tatbestand* es regulador, neutro, relativo y funcional, anticipándose sólo a los tipos de delito en el orden lógico y como hipótesis. La idea es clara si sabemos que el *Tatbestand* nace del *corpus delicti*.

Creo que aquí se precisa la idea del *Tatbestand*, así como la idea de "culpabilidad normativa", pues al exigirse en el *Tatbestand* una culpabilidad, pero sin precisar el grado de la misma, y al asegurar que si hay ignorancia no se imputa, se indica no sólo que la culpabilidad es normativa, sino recíprocamente psicológica-normativa, y no sólo porque el hecho ya sea jurídico, por lo que es *Tatbestand legal*, sino en referencia al hecho mismo; por eso todos los elementos del tipo son normativos.

Lo ético, siendo otra cosa, en cuanto se refiere a la falta de precisión de lo jurídico, hemos de tener en cuenta que responde a las valoraciones culturales, que se hacen jurídicas con precisión, pero lo ético es también normativo.

El *Tatbestand*, dice Beling, es "el cable conductor, o se toma cable conductor, para aclarar todo el problema del delito". Pero, como siempre se dice, el *Tatbestand* surge a partir del tipo de delito, por lo cual es natural que en la hipótesis del *Tatbestand* esté presente el tipo de delito, como ya realizado. Precisamente a través del *Tatbestand* se va a establecer la prueba. Por eso es relativo funcional, ya que hay en él constantes y variables, no sólo cuando se dice que un *Tatbestand* puede ser común a dos tipos de delito (lo que si no se estimase como relativo y funcional sería imposible), sino cuando se habla de los tipos secundarios, como ya tenemos explicado. Su carácter neutral se afirma, y ello se resuelve, a mi juicio (o sea, la totalidad de los conceptos del *Tatbestand*), con la idea de ser y sentido.

Como la parte objetiva, en el caso del hombre muerto, es el hombre muerto en el sentido real, a simple vista, lo objetivo, con un sentido común vulgar, es el hombre muerto. Pero si se trata de que la muerte no fue querida y sí simplemente la lesión, el *Tatbestand legal*, para el tipo de delito de lesiones con resultado de muerte, es las lesiones. Esa parte objetiva del *Tatbestand legal* es ya, dentro del hecho, una determinación, pues corresponde a un concepto jurídico y excluye la objetividad de la muerte, aun cuando, en cierto modo,

también la incluye en una posición incluyente y excluyente, en el "sí —entonces—", que es lo que va a probar todo, o sea, "si" hubo lesión, "entonces" tal resultado. Si la lesión se reunió con otras condiciones "tal otro resultado". Probado, como se ve, incluye y excluye y, por tanto, es multiplicativo o, si queremos, de adición, que es lo mismo.

Ello es fácil para Beling, porque parte del Código Penal alemán con un tipo que especifica la lesión con resultado mayor, siendo la lesión, y el resultado mayor muerte, objetivos. Pero esto es lo que hay que probar, precisamente admitiendo otras causas o concausas o condiciones que lo completan. Igual puede decirse al revés, cuando hubo frustraciones y, por ello, hay que ir a referirse a los tipos de la parte especial, que Beling considera como "el gancho del cual hay que colgar el caso", pero en nuestro Código Penal, ya lo hemos dicho, esto no se produce así, pues hay que partir primero del art. 407, y luego ir al art. 9.º circunstancia 4.ª, o al art. 50, según opina Ferrer Sama.

La figura o figuras que pueden compararse, a mi juicio, al Código Penal alemán, en cuanto a lesiones con resultado de muerte (en su art. 226 citado), son las lesiones partiendo del art. 418 de nuestro Código y siguientes, e incluso del 501, cuando pudo no haber propósito de un resultado mayor del querido, como define dicho artículo en relación con el robo con homicidio al expresar en su número primero: "cuando con motivo o en ocasión de robo resultare homicidio", o en su número tercero: "con el mismo motivo u ocasión se causare alguna de las lesiones...". Aquí se ve que no hay que dar el rodeo a un tipo secundario, pero, en el caso del art. 407 en relación con el art. 9.º circunstancia 4.ª, o el art. 50, sí que es preciso dar un rodeo en nuestro Código, lo que no ocurre en el Código Penal alemán. Sin entrar en explicaciones, por falta de tiempo, y esto queda a la consideración del técnico, es distinto, y comparable a lo que dice el Código Penal alemán, lo que recoge nuestro Código sobre las lesiones, a partir del art. 418. Para entenderlo vamos a citar el art. 225 del Código Penal alemán que dice: "si el culpable hubiere obrado con designio premeditado de ocasionar las lesiones indicadas en el capítulo precedente...".

El art. 418 habla de que: "el que de propósito castrare o extirpazare a otro..."; el art. 419 dice: "la mutilación de órgano o miembro principal ejecutado de propósito..."; el art. 420 dice en su número 1.º: "el que hiriere, golpear o maltratare a otro, será castigado como reo de lesiones graves: con la pena de prisión mayor, si de resultas de las lesiones quedare el ofendido imbécil, impotente

o ciego". En números sucesivos de este artículo va describiendo otras series de resultados de esas lesiones graves con pérdida permanente de órganos principales o inutilización de los mismos.

Si ahora transcribimos el art. 226 del Código Penal alemán que dice: "cuando la lesión hubiere ocasionado la muerte de la persona maltratada se impondrá al culpable la pena de...".

Como vemos, no hay artículo semejante, en relación con lesión y muerte en nuestro Código Penal, expresivo de que se quiso lesionar simplemente y como resultado de ello murió el atacado. Por eso hemos tenido que ir al art. 407 en relación con el art. 9.º circunstancia 4.ª o al art. 50. En cambio la igualdad de los artículos referentes a las lesiones en nuestro Código con el art. 226 del Código Penal alemán es evidente, así como la comparación con el art. 225 del Código Penal alemán también. Si se causa una mutilación de propósito, o una castración, habrá que ir a los tipos del art. 419 y 418 de nuestro Código, comparables al art. 225 del Código Penal alemán. Pero si, como consecuencia de herir o golpear, se causasen las mismas lesiones de castración o mutilación a que se refieren los arts. 418 y 419, ya no iríamos a estos artículos, porque no han sido realizadas de propósito, pero sí al art. 420, o siguientes, en toda su extensión. Por tanto, si este art. 420 y siguientes no existiesen, como no existe un precepto igual al art. 226 del Código Penal alemán en nuestro Código Penal, tendríamos que ir primero a los arts. 418 y 419 y luego al art. 9.º circunstancia 4.ª, o al art. 50, como tenemos que ir cuando la muerte del art. 407 no es querida o no hay propósito o intención de producirla. En cambio, como existe el art. 420 y siguientes, no tenemos necesidad, en cierto modo, de ir a los arts. 418 y 419. He dicho "en cierto modo", porque así como el art. 418 especifica "el castrar o esterilizar", tendremos que precisar la idea de impotencia, naturalmente implícita en la castración, o de miembro principal, recogida en los números 1 y 2 del art. 420, para asimilar uno y otro caso.

Pero la diferencia, en cuanto al *Tatbestand legal*, es clarísima, pues podemos decir que, en el caso de lesiones de nuestro Código, está especificada en los artículos referentes a las mismas, la objetividad de la lesión y la voluntad de producirla, en perfecta concordancia con lo que Beling recoge del *Tatbestand* concreto del art. 226 del Código Penal alemán. En el caso de muerte no querida no es lo mismo y creo está demostrado, pero queda aún más claro el problema si recogemos la idea de Beling cuando dice que, en el caso de muerte en un asesinato, o en muerte sobrevinida pero no querida en las lesiones, la muerte es "rector" común para ambos tipos de delito, aun-

que sólo vale para el caso del asesinato, pues, en las lesiones, solo coincide la parte objetiva con la subjetiva en los malos tratos o daño a la salud. No creo que haga falta más demostración.

No obstante lo dicho de nuestro Código Penal, en relación con las lesiones, advirtiéndole que no hacía falta acudir a los arts. 418 y 419 siendo suficiente el art. 420, cuando las lesiones no eran intencionales en la forma que especifican los dos artículos anteriores, a los efectos del *Tatbestand*, esto también es relativo, y aquí viene a confirmarse de nuevo cómo el *Tatbestand* es relativo funcional, ya que si, como consecuencia de las lesiones del art. 420 en el que no se especifica la castración, el sujeto quedase castrado (equiparando la idea de castración a miembro principal o a impotencia), también aquí habría un constante reenvío no sólo de los artículos intencionales al no intencional, sino, y esto es lo importante al orden científico, a los efectos de determinar el *Tatbestand legal*.

El art. 421 de nuestro Código es muy significativo, a los efectos que estamos tratando del *Tatbestand*. Dice: "las penas del artículo anterior, (o sea del 420 ya mencionado), son aplicables respectivamente al que sin ánimo de matar causare a otro alguna de las lesiones graves administrándole a sabiendas sustancias o bebidas nocivas, o abusando de su credulidad o flaqueza de espíritu". Aquí vemos también una semejanza con el art. 226 del Código Penal alemán, pero, abundando en lo que nosotros decimos, no se refiere a la muerte que se produce sin intención de producirla, sino a las lesiones; de tal modo que en el caso de las lesiones, a que hace referencia este art. 421, que son las del artículo anterior, tendríamos que partir de este mismo art. 421 en relación con el 420, pero si, aún sin ánimo de matar, en vez de producirse las lesiones, se produce la muerte, no podemos partir de este artículo, (421) aun cuando nos sirva para determinar la parte objetiva y subjetiva de coincidencia, sino del art. 407 en relación con los citados 9.º circunstancia 4.ª, y 50. Hemos dicho que este artículo nos sirve de prueba para la parte objetiva y subjetiva, al igual que el art. 420 también nos va a servir de prueba, como *Tatbestand*, para estos dos tipos de delito, o sea, los de los arts. 421 y 420, de un modo indeterminado, pues se refiere exclusivamente al medio, ya que las penas son iguales, con lo cual se necesita precisar aún más en relación con los arts. 418 y 419, principalmente con el art. 418 en cuanto a esterilizar porque este art.: 421 hace referencia, o yo lo veo así, a no tener intención al suministrar las sustancias o bebidas nocivas, de que se produzca la lesión, ya que si con la bebida nociva, o la sustancia, hubiese intencionalidad esto, a mi juicio, sería otra cosa. Pero aquí habría que precisar el

concepto de castración, aun cuando no el de esterilización, así como la idea de mutilación de órgano o miembro principal, que pueden ser específicas en el caso de castración o de mutilación con separación del órgano lo que es distinto a conservarlo pero inutilizado. Todo ello es muy importante, y vemos la necesidad del científico, a los efectos de la calificación del hecho, para su enjuiciamiento jurídico partiendo del *Tatbestand*.

Por tanto, teniendo en cuenta lo dispuesto en nuestro Código y la objetividad externa, de donde es necesario partir, como dice Beling (como recojo en mis trabajos sobre la materia a desbrozar, en el sentido de Carrara de parte material y parte moral), siempre nos encontraremos con un resultado mayor, del que hay que partir generalizando, a base de proposiciones universales para inducir y deducir, como regla imprescindible de investigación.

Cierto que no es el *Tatbestand* como "sucedido" amplio sin delimitar la causa, sino ya un *Tatbestand* más concreto que encaje la actividad del hombre como causa. Probado ya no es hipótesis, sino certeza y, por ello, con la idea de hipótesis y prueba se comprende el perfecto reenvío del *Tatbestand* a la parte especial y viceversa, por lo cual es regulativo y, a su vez, vacío de contenido. De aquí que el *Tatbestand* no es el primer elemento constitutivo del delito, sino la acción que se ajusta a ese *Tatbestand* vacío de contenido, neutro, funcional y relativo. Lo entendemos perfectamente cuando Beling dice: "si el acto correspondiente llena en su parte objetiva el *Tatbestand legal*". Pero además añade: "una cuestión que ocupa el primer lugar, porque todas las investigaciones posteriores dependen de ella, mientras ella es independiente de las mismas". Es la confrontación del acto concreto de la vida real con el *Tatbestand legal*, en el sentido de confrontar la coincidencia de lo objetivo con lo subjetivo", agregando Beling: "entonces se puede dejar a un lado la expresión de *Tatbestand legal* y hablar directamente de aquel contenido que tiene función de rector para el tipo en cuestión, es decir, muerte de una persona, sustracción de una cosa ajena, etc."

EL ACTO Y LAS CARACTERÍSTICAS QUE DE EL SE PREDICAN.

Insisto mucho, y con razón, sobre lo externo, dato del que hay que partir, y que es expresivo de la acción. Ello nos lleva, para delimitarlo, al proceso inductivo-deductivo base de la investigación científica.

Vemos que el *Tatbestand legal* se muestra como el concepto troncal jurídico-penal del cual irradia la totalidad de los restantes conceptos jurídico-penales, en el sentido de que sin él, como dice Beling,

no se puede suministrar ningún resultado concreto definitivo. Pero se añade en una llamada: "a excepción del concepto de "acto" del cual se predicen todas las características". La solución puede ser clara y, por eso, más adelante, y ya en su aclaración, Beling va a definir el delito como acción típicamente antijurídica y típicamente culpable. No entramos ahora en el estudio de la conminación penal, según dice Beling, aun cuando esto sea discutible.

Posiblemente cuanto vamos a decir ya recogido en este trabajo, pero también en la exposición que hacemos quizá se concrete y aclare con mayor precisión.

Al decirse que el *Tatbestand legal*, como abstracto jurídico⁶², lo que busca es la causa del hecho en la acción humana y, por eso, que el *Tatbestand legal* es el concepto troncal jurídico-penal del cual irradia la totalidad de los conceptos, menos el de acto, del cual se predicen todas las demás cosas, vemos entonces que el *Tatbestand legal* no entra todavía en averiguaciones sobre la antijuricidad y culpabilidad, aun cuando sea típico, incluso como acción (y lo antijurídico y culpable tengan que estar tipificados imprescindiblemente), porque esto es lo que va a ser predicado de la acción.

Afirma Beling, que en la redacción del parágrafo 59 del Código alemán, en relación al *Tatbestand*, nada se dice acerca de cómo se constituye la culpa, y ello es cierto, ya que para que haya delito se requiere un dolo o una culpa específica orientados al mismo "rector" de la parte objetiva. O sea, que la acción para que sea delito ha de tener una intención, aun cuando puede no serlo por haber una causa de justificación. Por ello se ve también que el *Tatbestand* tampoco debe confundirse con la antijuricidad.

El *Tatbestand legal*, antes de referirse a la culpabilidad, yo diría, se refiere concretamente a la acción humana, punto muy esencial para el finalismo implícito siempre en la acción y a demostrar, e implícito en todo problema jurídico penal. Y es así porque, aun cuando

⁶² Sin perjuicio de lo dicho en otras partes, las palabras usadas por Beling de que el "Tatbestand" sea abstracto, objetivo, funcional, relativo y neutro, es preciso señalar aquí, para fijar la importancia de las ciencias extrapenales, que cuando se habla de abstracción se llega a un concepto puramente verbal por muchos, y aquí está el error, sólo probado en la verificación. Con ésta, y con la aclaración que hacemos de lo abstracto, se pueden comprender perfectamente todos los calificativos que se dan al "Tatbestand". Si pensamos en la relación del método especulativo y el experimental nos damos cuenta en seguida de la falacia de las abstracciones, lo que llevó a errores, precisamente en la prueba, y la precisión que da trabajar sobre el hecho de un modo experimental. Por ello se resuelve lo funcional, relativo, etc., y, en consecuencia, se parte de un factor externo, con su carácter neutro.

luego apunta a la culpabilidad como base para determinar el delito, el parágrafo 59 se refiere "al que ignore las circunstancias de hecho pertenecientes al *Tatbestand*...", o sea, en relación con nuestro Código y concretándolo al art. 407: "el que matare a otro..." se refiere "al que ignore que es un hombre".

Para esclarecer diremos: que si se dispara, v. g., contra un hombre, ignorando que lo es, porque se le confunde con un animal, realmente se ha cumplido el *Tatbestand legal*, en un sentido amplio ha sido una acción y, en principio, esa acción, como tal, es estrictamente típica en la parte de la acción y en el resultado, sin más valoración, con lo cual vemos con una claridad indiscutible el concepto troncal del *Tatbestand* como un sucedido al que hay que calificar, como un hecho real a calificar en principio, según la expresión de Beling, cuando es un *Tatbestand* de la vida en general, pero ya concretado a una acción humana. Si extendemos la tipicidad a todo, o sea, que la acción sea típicamente antijurídica y culpable, no es lo mismo que si delimitamos, en principio, que la acción es típica, o sea, que se predique de ella que es típica, en primer lugar, con relación al *Tatbestand legal*, o sea, tipicidad de la acción al *Tatbestand* mismo, es decir, adecuación de la acción a un *Tatbestand* completo, pero aún indefinido en relación con las valoraciones de antijuricidad y culpabilidad. Ese *Tatbestand* ya está delimitado. Podemos decir que la adecuación de la conducta al *Tatbestand* mismo está delimitada en principio e identificada con él, en la parte en que la tipicidad describe la acción, o sea muerte de un hombre. Pero (y ello no va a aclarar esa descripción inicial de la acción) nos pone de manifiesto que ese *Tatbestand legal* no es el tipo de delito, es otra cosa distinta, aun cuando luego el *Tatbestand* para que sea delito, y en la especie que sea, habrá que delimitarlo con el tipo de delito independiente. Si ello es así, y además de ser acción típica ha de ser antijurídica, lo cual ya supone una valoración, habrá relación entre *Tatbestand legal* e "injusto", pero no son lo mismo, pues puede haber adecuación al *Tatbestand* en principio, y no ser la acción antijurídica. Así, si se mata a un hombre en legítima defensa. Queremos recordar aquí cómo en la vieja Legislación francesa la legítima defensa se regulaba como excepción a continuación del homicidio.

Para ver con más claridad cuanto se dice queremos insistir sobre lo que dice Beling de que la confusión del *Tatbestand* con el "injusto" se debe a que el legislador al formar los tipos de delito se mueve dentro del campo de lo "injusto", pero que también se mueve dentro del campo de lo "no injusto". Esto lo dice con insistente machaco-

nería, lo que a mi juicio pudo concretar, pero precisamente creo que lo hace insistiendo para ver la diferencia entre tipo-acción, como descriptiva inicial y sin valoración, y las valoraciones posteriores.

Volviendo ahora al problema del error, o sea, cuando se ignora que se mata a un hombre (con lo cual indudablemente va a quedar excluido el dolo de plano, aun cuando en principio pueda haber culpa), vamos a analizar esto, después de las líneas inmediatamente anteriores, en las cuales hemos demostrado que puede haber acción típica sin que haya acción antijurídica, esto es, cuando se mata a un hombre en legítima defensa, lo que quiere decir cómo el legislador, para establecer los tipos, se movió dentro del campo de lo "injusto", pero también tipificó la legítima defensa como no antijurídica, y por lo tanto se movió también dentro del campo de lo "justo".

Pero no es que la acción se identifique con el *Tatbestand* sino, antes al contrario, que la acción es calificada o precisada por el *Tatbestand legal* y, por tanto, también a la acción se la va a predicar que se adapte al *Tatbestand*. O sea, y esto es muy importante, que de la acción o a la acción se la predica todo, hasta el mismo *Tatbestand*, porque, inicialmente, aun cuando se diga que el *Tatbestand* no es valorativo, no obstante, es un concepto jurídico y, por eso, dice bien Beling, de él irradian la totalidad de los restantes conceptos jurídicos a excepción del acto, del cual se predicen todas las características. Para aclarar, digo yo que se predica hasta la adecuación al *Tatbestand*. Ya se ve entonces, en principio, cómo los distintos elementos se van separando y son independientes, aunque coordinados, para un final de concepto de delito.

Pasando a la parte de culpabilidad, como juicio posterior al de antijuricidad, es decir, la muerte de un hombre cometida por error, no hay duda de que es antijurídica, pero no es delito con arreglo a la interpretación del *Tatbestand legal* por no haber culpabilidad si el error es esencial (confundir a un animal con un hombre) e invencible, aun cuando puede ser culposos, porque el *Tatbestand legal* no especifica la culpabilidad, sino que, como dice Beling, para que haya delito hace falta un dolo o una culpa específica.

Por eso el juicio de culpabilidad es derivado de la antijuricidad, pero, a su vez, ambos son derivados del hecho, ya que tampoco la antijuricidad, aun cuando no valga el error de derecho, deja de delimitarse sobre hechos, de tal modo que si al hecho A o B no se les ha declarado antijurídicos, el hecho no cuenta, de aquí la legalidad estricta e imprescindible.

Vemos, inicialmente, cómo el tipo, no en su totalidad, sino en la parcialidad de los elementos típicos objetivos o descriptivos se puede identificar con el *Tatbestand legal* sin carácter valorativo o neutro. Por eso es relativo-funcional y no es la tipificación de la muerte de un hombre lo que vale sino que, además, ha de ser típicamente antijurídica y típicamente culpable. Esta parte de la tipicidad, o si se quiere llamar típica a esta parte sólo (muerte de un hombre por otro), se va a identificar con el *Tatbestand legal*. Pero se ha de tener en cuenta que para entender el *Tatbestand legal* hay que recurrir al tipo específico, pues lesiones o muerte, se dice, van a ser distintas y lo son para el tipo correspondiente. Por lo cual el *Tatbestand legal* surge "a posteriori", aun cuando, ciertamente, como criterio lógico a comprobar, y es anterior, como regulador, al tipo de delito.

Realmente el *Tatbestand* se aclara con la idea de verificación o prueba, con la idea de hipótesis para averiguar la verdadera causa supuesta como reguladora, a través del hecho mismo, o mejor aún del *corpus delicti* y, por ello, es muy interesante pensar siempre que el *Tatbestand* nace de la idea del *corpus delicti* como hecho a probar. Indudablemente que las lesiones, en principio, como productoras de la muerte, y en el caso concreto de estas lesiones, son las que han de producir la muerte. Pero esto no queda tan claro si pensamos que esas lesiones, también en principio y aisladas de una serie de concausas o condiciones, no eran suficientes para producir la muerte. Por el contrario, unas lesiones capaces de producir la muerte, con un medio idóneo para producirla, no la producen. Observamos en esto la diferencia, y como posiciones contrarias, en un supuesto de situaciones multiplicativas, o si se quiere, en este caso simplemente de los supuestos: preterintencionalidad y frustración. Aclaremos esto. El primer caso se refiere a lo que Beling dice de "lesiones con resultado de muerte", o sea, querer simplemente las lesiones y producirse un resultado mayor del querido, como es la muerte. En el mismo caso, pero al contrario, que es la frustración: querer matar a una persona y, simplemente, hierla, porque la herida no sea mortal, aun queriendo matar, o aun siendo mortal, no lo sea por intervención médica y el herido salve su vida, o incluso que el disparo no le alcance.

Podríamos decir que en el caso de la muerte sobrevinida como consecuencia de unas lesiones sin intención, por parte del autor, de que éstas produzcan la muerte, a simple vista, con la muerte del individuo, señalamos como antecedente o causa de la muerte esas lesiones. Pero yo creo que ni aun en un sentido muy vulgar, al

menos en el tiempo actual, se nos ocurre decir tal cosa. El problema no es fácil ya que si ponemos como ejemplo la bofetada dada a un individuo que al caer sobre el bordillo de la acera se mata (ejemplo clásico puesto por la generalidad de los penalistas), no hay duda de que, casi sin dictamen pericial, podemos decir, en principio, que no hubo intención de matar. Y he dicho "en principio", porque la bofetada, o el simple empujón a una persona, pensando que la lanzamos contra un objeto con el que puede matarse, resulta todo lo contrario de lo dicho anteriormente, o sea, que puede ocurrir que el individuo quiera matar y, de hecho, mate en tales condiciones. Lo normal es lo contrario, o sea, que en una riña, o en el golpe, el individuo caiga sobre una piedra y se mate, sin que haya intención de muerte por parte del autor de la bofetada.

Pongamos el caso al revés, o sea, un medio idóneo, una escopeta, un cuchillo y un disparo, sobre la víctima, que hace blanco pero en que ésta no muere, bien porque no le ha dado en una parte vital, o bien porque ha sido curada inmediatamente. Indudablemente que los dos casos citados son diferentes. Después analizaremos otro caso que pudiéramos llamar intermedio y que es quizá el más difícil de probar, es decir, cuando empleando un medio idóneo para producir la muerte y ésta no se quiere, no obstante lo cual se produce.

Pero en los dos casos primeros, o sea, en la preterintencionalidad y en la frustración vamos a ver el *Tatbestand legal* para entenderlo. En el caso de las lesiones con resultado de muerte hay adecuación al *Tatbestand legal*. Pero, ¿a cuál *Tatbestand legal*? ¿Qué entiende Beling en este caso por *Tatbestand legal*? Sólo en las lesiones. Dice claramente que la muerte de una persona es el *Tatbestand legal* tanto para la muerte obtenida y querida como para las lesiones con resultado de muerte, pero que, en este último caso, el *Tatbestand legal* es sólo la lesión, porque es donde coincide la realización, o parte objetiva, con la parte subjetiva o intención para lesionar, y nada más que para lesionar. Aquí ha habido una adecuación completa de la acción al *Tatbestand legal*, pero al *Tatbestand legal* del tipo específico del art. 226 del Código Penal alemán de "muerte no querida seguida a la lesión", diferente, como es natural, al homicidio doloso directo.

En el segundo caso, o sea, en la frustración, Beling dice, considerando —como es natural— la frustración como un tipo secundario, que al no realizarse ningún *Tatbestand*, o sea, al no adecuarse la acción al *Tatbestand* no podemos hablar de adecuación, sino de referencia al *Tatbestand*. Ello es exacto si, como dice el propio autor, estos tipos secundarios de tentativa, frustración, etc., no pudieran

ser comprendidos sin la referencia a un tipo específico principal de consumación, como igualmente no podrían comprenderse la complicidad, etc. Todo ello va siendo claro o, mejor dicho, va abriendo el camino para entendernos. Mas lo que es preciso para que todo se aclare es la prueba, es decir, probar que, en caso de las lesiones, no se quería matar y no se mató.

Por eso, la dificultad mayor, en relación a la prueba, se da, cuando empleando un medio apto para matar no se quiso matar y no puede hacerse derivar de la propia confesión del autor, sino del hecho a probar con base en el *corpus delicti*. Esto ha de probarse no solamente cuando el autor del hecho diga que no quiso matar, sino incluso en el caso contrario, cuando diga que quiso matar, el investigador criminal debe probar que no fue aquella su intención. Esta garantía de prueba es fundamental en relación con el concepto de libertad y garantía legal⁶⁸.

PROCESO COMO PRUEBA DEL "TATBESTAND"

Para entender todo este proceso, precisando la idea del mismo (muy interesante en el orden jurídico, como sistema procesal, pero que se da en todo proceso de investigación científica), tendremos que recurrir siempre a la teoría de "las causas" y de "las condiciones". La causa en sentido estricto, se dice que tiene que ser, o es, homogénea con el efecto. No vamos a entrar en estas consideraciones, pues, reducida al Derecho Penal, ha de precisarse en el sentido de que el resultado ha de coincidir con lo querido, en su totalidad, por el autor de ese resultado. Así vemos la diferencia entre verdadera causa y las causas como conjunto de condiciones, que es el instrumento usado por el sujeto, o sea, las condiciones o medios utilizados o que coadyuvan o impiden de un modo concausal o condicional un resultado. El "sí —entonces—" es muy aclaratorio como base de la prueba. Esto es lo que tiene que darse en todo proceso de investigación como antecedente y consecuente.

Tomada la causa en sentido amplio se dice que causa es "el conjunto de condiciones relacionadas para producir el resultado".

Sin explicar esto no puede entenderse la idea del *Tatbestand*. Nos puede servir como ejemplo el que una determinada forma de

⁶⁸ Y por eso no basta la especificación del tipo y precisión del mismo, sino la prueba, por lo cual el "corpus delicti", como prueba, es la defensa de la libertad individual, y el dogma legal se dirige a la investigación científica extrapenal para que se pruebe todo el contenido de la acción en sus partes relevantes e irrelevantes.

conducta hallada con el *Tatbestand* de un tipo de delito sea también relevante para otro tipo de delito, pero que en él desempeña un papel diferente. Así lo dice Beling, y transcribimos lo que sigue diciendo: "Así la muerte de una persona es relevante lo mismo para el asesinato que para las lesiones con resultado de muerte, pero sólo para el primero, o sea, para el asesinato —(nosotros para el homicidio simple)— es el "rector" común para la parte subjetiva y la parte objetiva del mismo; en el segundo los elementos objetivos y subjetivos convergen en la representación "malos tratos o daños en la salud, siendo la muerte un momento adicional a la parte objetiva".

Después de lo expuesto anteriormente y relacionándolo con lo dicho sobre "causa" en sentido amplio (y pensando en la idea de condición) veremos con toda claridad que en el caso de muerte no querida y sí solamente lesiones, o en el caso contrario de frustración, a los efectos del resultado, habrá que hacer una averiguación o una prueba de valor científico para demostrar lo que se quiere que del hecho encaje en el tipo. Vemos, pues, que inicialmente la muerte de una persona como *Tatbestand legal*, valedera para dos tipos de delito, inicialmente tiene carácter neutro, porque, precisamente, es relativo funcional a probar causas y condiciones en relación con el resultado como constantes y variables, estas últimas como productoras de una situación estabilizada, o sea existencial: la muerte de una persona, para el tipo de delito que se va a especificar. Para hallar la verdadera causa en la voluntad del hombre tenemos que descartar, positiva o negativamente, todas las condiciones que coadyuvan a la producción o al corte del resultado.

La precisión del *Tatbestand legal* en este caso, o sea, en el de la preterintencionalidad o más allá de la intención, está exclusivamente en la lesión producida y nada más, porque ahí es donde coincide la objetividad con la voluntad exclusiva de producir esa objetividad. Por eso Beling dice que "lo otro" son momentos adicionales. Se nos ocurre aquí una nueva aclaración sin perjuicio de seguir adelante para distinguir no la tipicidad, sino la parte del tipo meramente descriptivo, como es "la muerte o las lesiones del hombre", de la antijuricidad, porque esas lesiones o esa muerte pudieron ser producidas en legítima defensa. La muerte de una persona producida por otra, precisamente en un sistema proposicional, como proceso de investigación, supone no ya el fin de la investigación, sino, antes al contrario, el comienzo de la investigación. Con ello se ve clara la diferencia entre *Tatbestand legal* y tipo de delito, el primero como una parte, aun cuando luego se precise a base del otro; e igualmente la diferencia, precisamente por lo mismo, entre adecuación al *Tat-*

bestand legal, de un lado con el *Tatbestand legal* mismo, y de otro con la tipicidad completa, que también es una totalidad en relación al delito, y una parcialidad con relación a la acción que se adapta al *Tatbestand* o que se refiere al *Tatbestand*. Dicho lo anterior, la diferencia entre la adecuación al *Tatbestand legal* y antijuricidad no hace falta ni explicarla, pues debe observarse que el que mata a otra persona inicialmente cae en el *Tatbestand legal* o, mejor dicho en la adecuación al *Tatbestand legal*, estando en los tipos de lo injusto recogido lo antijurídico de la total actividad o conducta humana, o sea, que también recoge tipos de actividad justa, como precisamente dice Beling, de aquí que los *Tatbestand legales*, como injusto o antijurídico, corresponden a tipos de injusto, o antijurídicos, y no a los que no lo son. Queda descartada la conducta atípica, aun cuando también sea *Tatbestand*, pero en cuanto se dice *Tatbestand legal* ya se hace una delimitación que se complementa porque las conductas justas, como la legítima defensa, también están recogidas. Si, por una parte, se dice que los elementos típicos normativos son "impaciencias del legislador", y que se da por supuesto, y así es, que todo lo antijurídico o, mejor dicho, que la base del delito es la totalidad, entendemos que la mayor precisión para ver la diferencia entre lo descriptivo del tipo y la antijuricidad tipificada está precisamente en la valoración normativa jurídica de una conducta, como en el caso de la legítima defensa. Precisamente analizando los motivos de la muerte en una legítima defensa y las circunstancias en que se produjo, ello nos da, con toda precisión, las características diferenciales que deciden su género especial dentro de todas las consiguientes consecuencias que se han producido, porque esos son los conceptos jurídicos que se expresan en las reglas reguladoras de la acción y, por ello, es por lo que de la acción se predica todo, como quiere decir Beling.

CAUSALIDAD

Pero, para aclarar la idea concreta del *Tatbestand*, hemos de ir a la relación de causalidad entre acción y resultado, insistiendo en que de la acción es de la que se predicen todas las demás características.

Se señalan tres teorías explicativas de la causalidad que son: la que sigue Von Buri y que podríamos llamar teoría de la equivalencia o de la *conditio sine qua non*. Otra es la de la condición más eficaz, establecida por Birkmeyer, y por último la teoría de la causalidad adecuada. Yo digo que, como los tres principios de Ulpiano, concretando la relación causal de estas teorías al Derecho Penal, no

debe decirse que sean tres, sino una sola, como vamos a demostrar y, dentro de ellas, puede incluirse la teoría de la condición más eficaz. Todas son imprescindibles para aclarar el *Tatbestand*.

Se dice en la teoría de la equivalencia, y ello es cierto, que toda causa relevante es equivalente, con lo cual se anula, en cierto modo, la teoría de la condición más eficaz porque si, para que se produzca un resultado, es necesario un conjunto de causas, o una causa y unas condiciones, por muy eficaz que llamemos a la productora de un resultado, si no se completa con otras es inútil llamar más eficaz, en cierto modo, a una sola. Para entendernos, siguiendo la teoría de la equivalencia, se termina por decir que, si bien son relevantes todas las causas o concausas en el orden material, sólo es relevante la voluntad humana en el orden jurídico, lo que creo no es cierto, pero sí sirve para precisar la idea de *Tatbestand*, recordando lo que tenemos expuesto, según afirma Beling, de que el *Tatbestand* de cada tipo de delito es el punto donde se une lo objetivo con la culpabilidad o, mejor dicho, al revés. Es lo mismo.

Que son relevantes las condiciones materiales nos lo dice plenamente la calificación jurídica que se hace de un hecho, como, por ejemplo, de un homicidio preterintencional, o la frustración de un homicidio, pues el hecho a calificar es, no homicidio doloso, sino homicidio preterintencional y, precisamente, se le ha calificado así, porque ha tenido "valencia" la condición o condiciones que han complementado la acción en la parte de un resultado no querido. En la muerte de una persona, en un caso querida directamente, y en otro no querida, el "rector" de muerte es sólo válido para el primer caso y no para el segundo, en el que sólo vale la lesión (porque es donde concurre la voluntad con lo objetivo querido), por tanto, vamos viendo la equivalencia, en cierto modo, de la parte material, o sea, las condiciones coadyuvantes. En sentido inverso también valen cuando, al darse la frustración, la calificación del hecho es, a título de ejemplo, y para este caso, homicidio frustrado y, naturalmente, la penalidad es inferior. Cuando se dice que no entra en el *Tatbestand legal* la muerte si se ha querido sólo lesionar, no entra porque la culpabilidad no abarca la muerte en el sentido de *Tatbestand legal*, y parece un contrasentido que en el caso de frustración, en que la culpabilidad abarca a la muerte, no se castigue igual que si se hubiese conseguido el resultado. No olvidemos, sin embargo que, cuando se habla del *Tatbestand*, se dice que es el punto de unión (nos referimos al *Tatbestand legal*), de lo objetivo con lo subjetivo. Es decir, que tienen que darse las dos cosas y, por ello, hay gradación, o sea, que si dándose lo objetivo como muerte

de una persona no se da lo subjetivo, o sea, la voluntad de matar, no se valora la muerte en toda su extensión e intensidad. Quiere decirse que, en iguales condiciones, cuando no se da la objetividad querida también se valora en sentido inverso. Y ello aclara el *Tatbestand legal*.

La teoría de la *conditio sine qua non*, separada de la equivalencia, supone, con respecto al resultado, que si suprimimos mentalmente la manifestación de voluntad, o sea, la acción, tenemos que suprimir mentalmente el resultado. Con un ejemplo se aclarará: dos hombres van en una barca, riñen y uno hiera al otro en un brazo, se hunde la barca y se ahoga el herido. Si el herido sabía nadar, y se ahoga porque no pudo manejar el brazo por la herida, parece ser que esa lesión sería "conditio sine qua non" de haberse ahogado. Naturalmente que nos estamos refiriendo a que la barca se hunda por caso fortuito y no por culpabilidad del agresor.

Como vemos, al unir la teoría de la equivalencia y la de la *conditio sine qua non* se demuestra lo que nosotros queríamos decir, o sea, que todas las causas materiales y la voluntad del hombre son equivalentes, sin perjuicio, como hemos señalado, de que a base de toda esta combinación se va a especificar después, una gradación en el delito, en cuanto a su penalidad. Como dice Cuello Calón, ésta la recoge nuestro Tribunal Supremo, o sea, la de la equivalencia, considerándola como una doctrina que conduce a una desmedida extensión del concepto de causa y de la responsabilidad, que no puede aceptarse, según opinión moderna, y así se está trabajando en este sentido. Antes de entrar en la teoría de la causalidad adecuada, si incluimos como teoría también la de la condición más eficaz, creemos que ésta necesita un análisis. Al llamar condición a lo que realmente debe llamarse causa, incluye a ésta, o la define, como "un conjunto de condiciones", pero queremos ver más que esto: la llamada "condición más eficaz" es, o quiere, concretar la voluntad humana como causa, o sea, la relevancia de ésta exclusivamente en el orden jurídico, pues, de otro modo, no tendría aplicación. Podría verse quizá la condición más eficaz, como causa, en la omisión, o sea, cuando la cadena causal de hecho viene puesta en marcha por alguien distinto a quien se va a imputar un delito y no la corta. Pero, con referencia a la acción, se ve y no se ve clara tal postura. Para entenderlo, no sólo sirve decir que, dando por válidas todas las condiciones que sumadas dan el resultado, se llega a la exageración de una responsabilidad que no puede aceptarse. Si Beling dice que en unos casos el "rector común" exige un dolo y en otros una culpa, y no se explica el concurso de delitos, sino es con referencia a un

rector común, el punto anterior de la causalidad, en relación con la condición eficaz, va a resultar oscuro, pues se llegaría al absurdo de castigar más un delito culposo que un delito doloso inicial, por el *versari in re illicita*, lo que sería injusto.

Para completar nuestra exposición, tenemos que recurrir a la teoría de la causalidad adecuada. Consiste ésta en generalizar los hechos para determinar objetivamente si tal causa (v. g., usar un palo, una escopeta, una pistola, un cuchillo o la simple bofetada) es apta y adecuada para producir el efecto. Si uno de estos medios es apto para matar y mata, la consecuencia es evidente. ¿Pero, y si no es apto y ha matado? Es el clásico ejemplo de la bofetada, en que el sujeto se da un golpe con el bordillo de la acera y muere. Sería un contrasentido decir que, habiendo muerto, el medio no había sido apto para matar. Lo ha sido, pero lo importante precisamente para determinar el delito es fijarse en el problema del *Tatbestand legal*. Así si se dice, por el profesor Cuello Calón que, conforme a la doctrina o teoría de la equivalencia o de la *conditio sine qua non* que inspira a nuestra jurisprudencia, “ni la concurrencia de condiciones o concausas preexistentes (como las condiciones patológicas del lesionado, su debilidad orgánica), ni la intervención de hechos ajenos al agente (la imprudencia del herido que se arranca el vendaje, la impericia del médico) excluyen en el homicidio la relación de causalidad”. Por ello se dice también que esta postura del Tribunal Supremo que se condensa en la frase “el que es causa de la causa es causa del mal causado”, lleva a una posición exagerada. Esto no es del todo cierto, pues aparte de que el juez precisa todos estos datos, dado el margen de penalidad, con la estimación de la atenuante, fijándose, naturalmente, en el medio utilizado (que esa es la causalidad adecuada), se puede precisar mucho y, de hecho, se precisa en la apreciación de tales circunstancias.

El *Tatbestand legal* es la base fundamental para todo ello. Para darnos cuenta de lo que decimos anteriormente vamos a desentendernos de ese resultado en masa⁶⁴, o sea, en el caso de muerte producida por causas y condiciones coadyuvantes, y vamos a ver, en el primer análisis pericial, la objetividad de la lesión, que será expresiva o tiene que serlo, y tenemos que buscar la voluntad de la lesión. Si a toda esta situación añadimos las condiciones patológicas del lesionado, etc., o sea, un análisis en la medida que quiere la ley que se haga y, por tanto, aquellas consecuencias, o la conse-

⁶⁴ El “Tatbestand” evidentemente prueba la causalidad física, pero también, por el ser y el sentido, prueba la causalidad moral.

cuencia mayor, producidas por condiciones coadyuvantes, esto será un añadido objetivo, pero que se valora en menos que si se hubiese querido directamente. La misma dirección tiene, a la inversa, en caso de herida mortal y no producción de la muerte por la resistencia física del enfermo, o por otras condiciones. Lo que hace falta es precisar qué grado de responsabilidad, mayor o menor, habrá con este conjunto de circunstancias. Por eso, el análisis fundamental está en el hecho objetivo y los medios empleados, o sea, en delimitar el sector de la causalidad o, mejor dicho, reduciendo la causalidad dentro de un sector, y dentro del cual podemos elegir, porque aun comprendiendo que puede ser exagerada una penalidad a base de la preterintencionalidad y que debemos llegar a una mayor precisión de *lege ferenda*, debemos darnos cuenta que, si bien no puede hacerse tabla rasa en todos los casos de preterintencionalidad ni, por el contrario, cuando el medio es adecuado, sí debemos darnos cuenta de que, suprimido en absoluto un resultado mayor del querido, sería menos punible una conducta ilícita inicial en el sentido doloso que una conducta culposa con acto lícito inicial —aun cuando por mi parte esto es discutible— pero sin la debida diligencia, precisamente a base del medio idóneo o inidóneo o, mejor dicho, adecuado o no adecuado. Esto es importante en relación con la acción finalista en cuanto a la culpa, principalmente inconsciente, si se tiene en cuenta, a mi modo de ver, no sólo la idea de saber y poder en orden al delito, sino en el sentido de elección de medios, que es lo que se concreta como posibilidad, pues, de lo contrario, se llegaría a la idea de que “el fin justifica a los medios”. También aquí cabría hablar del “delito imposible” que tratamos en otro lugar y en otro trabajo, en relación con la magnífica tesis doctoral del profesor Ruperto Núñez⁶⁵.

El problema sería muy interesante, precisamente ahora que se habla tanto de vuelos espaciales y de sus fallos. En relación con esto se estudió, hace tiempo, que los fracasos se explicaban por la acción de oleadas de seres microscópicos que dañaban las instalaciones. Hemos leído, por ejemplo, que las causas que producen las catástrofes de aviación, como el éxito o el fracaso del vuelo, dependen del cálculo preciso y anticipado de un número de factores relacionados entre sí. Si las realizaciones sociales (y, entre ellas el problema de la política criminal) se llevasen a cabo con la paciencia y la investigación que requieren los vuelos espaciales, o los vuelos del avión,

⁶⁵ *El delito imposible*. Acta Salmanticensia, Salamanca, 1963.

posiblemente los resultados serían otros, aun contando con que, al tener que operar sobre individuos (más que posible, seguro) siempre habría más coeficientes que desviarían la línea en relación con la teoría funcional de constantes y variables. Pero no es menos cierto que en orden a la dirección de voluntades humanas (aparte de que no hace falta ser maestro para dar lecciones, según le dijeran a Fabio), tampoco se exige esta formación científica, auténticamente científica para quien ha de emplearse en aquellos menesteres.

No nos ha desviado del tema cuanto llevamos dicho y, antes al contrario, con el estudio de las teorías expuestas, en relación con la causalidad, llegamos a la conclusión —y le damos la razón a Beling— de que sin el *Tatbestand legal* nada puede fundamentarse. Pero debemos fijarnos bien en que lo que hay que probar, a través del *Tatbestand legal*, es el auténtico *corpus delicti*, del cual nace el *Tatbestand legal*, precisamente para probar con toda claridad la relación de causas y condiciones, que es lo que hay que probar para determinar no ya la antijuricidad (que vamos a darla por supuesta), sino la culpabilidad que si bien es un juicio derivado y, por tanto, posterior a la antijuricidad, es un juicio sobre el hecho y su conocimiento y, por ello, sin lugar a duda, todos los elementos del tipo son normativos, y en consecuencia caben, y son imprescindibles, las llamadas “valoraciones metajurídicas”, que propiamente no lo son, según tenemos expuesto en nuestros trabajos.

Para fundamentar el problema hemos de recurrir a cuanto hemos dicho. Tratándose de la causalidad adecuada decíamos que había que generalizar los hechos, o sea, concretamente, establecer proposiciones universales como modos posibles de acción (de hacer del hombre), o sea, formulaciones de operación. Pero es necesario un ordenamiento del material que tenemos entre nuestras manos, y eso es lo que exige Beling. El *Tatbestand*, como antecedente lógico (imprescindible del tipo de delito) y, por tanto, como regulador, es una hipótesis que necesita comprobación, y teniendo en cuenta cuanto hemos dicho, en relación con las teorías expuestas, no puede hablarse en “montón”, aun cuando parezca que se selecciona un antecedente como exclusivo del consiguiente, cuando se dice, o se habla, de causas y condiciones. Esa generalización de hechos a que se refiere la teoría de la causalidad adecuada, como posición condicional (y precisamente por ser condicionada) lleva un “sí —entonces—” mucho más amplio que lo que podemos llamar causa eficiente en la voluntad del hombre, y algo más estricto que lo relativo a una causalidad burda por el resultado. Por eso es imprescindible la base cultural o científica que, precisamente, está implícita y concreta en

la tipicidad, tanto en orden a la fijación de lo antijurídico, como de lo culpable, como dogma, ciertamente, pero a probar por la ciencia. La cultura establece una serie amplia de distintos modos de operación para tratar una cosa. Vemos, entonces, aquí el sentido de cosa, no sólo como cosa ajena, sino como cosa en sentido material, desbrozada no de su auténtico sentido, sino del sentido que como objeto del delito viene unido al instrumento. Esto es lo que es el dogma.

En la muerte de un hombre por otro hombre hay que averiguar todas las circunstancias que le rodearon, para determinar exactamente, en esa situación existencial producida, las causas que la produjeron.

CIENCIAS PENALES.—MÉTODO Y METAJURÍDICO

Por ello observamos (insistiendo en que el *Tatbestand* es relativo funcional, pero a investigar) cómo todo está en relación, o en orden a las ciencias llamadas extrapenales que nos van a demostrar la verdad no "material", como se suele decir, sino que a través de lo "material" nos van a hacer buscar las formas o esencia de las cosas, como formas sustanciales dentro de la ley. A ello nos referimos en nuestro pensamiento sobre cuál es el dogma dentro de la ley, que quedaría en formalismo si no se penetrase en el sentido de la realidad material o, mejor dicho, a través de esa realidad material descubrir la parte psíquica del autor. Ciertamente, y siguiendo un sentido profundo de investigación en lo dicho, dice Beling: "ante este procedimiento únicamente sentiría temor la jurisprudencia literal, que ve el último fin de la sabiduría en las palabras de la ley y no quiere acometer más a fondo contra la *vis ac potestas* de las *verba legis*. Esta posición es la que claramente plantea, y resuelve, Dorado Montero, como nosotros ya tenemos dicho.

Por eso el método es lo esencial y dentro del Derecho está lo que ha dado en llamarse metajurídico, que no lo es y, para entenderlo, es suficiente ver que en el *Tatbestand legal* se resuelve este problema, porque si, efectivamente, la calificación de legal sitúa fuera los "sucedidos" o "hechos reales de la vida" que no interesan al Derecho, lo que le interesa (al delimitarlo legalmente) no deja, por ello, de tener el mismo método de investigación que todas las ciencias, en la medida que es imprescindible para la averiguación de la verdad.

Beling nos dice que el *Tatbestand* es de extraordinaria importancia en cuanto afecta al método, con arreglo al cual se ha de

tratar la cosa práctica. Naturalmente trata de subsumir el caso real en el delito teórico. Mas, para ello, si bien es preciso tener presentes todas las notas del concepto de delito, el orden que se ha de seguir, en el examen de las cuestiones que la subsunción presenta, es sólo un factor, ya que los elementos del concepto teórico del delito se hallan en gradación. Pero naturalmente vamos a ver cómo es preciso partir del hecho mismo —como recojo en otros trabajos míos, principalmente, en el de Peritaje—. Por eso Beling afirma que el cable conductor para esclarecer la verdad y, por tanto, para la calificación, es el *Tatbestand* y, de aquí que también se va a distinguir el tipo, podíamos decir, el hecho de los demás elementos, o sea, la acción típica de la tipicidad antijurídica (imprescindible) y de la tipicidad culpable (imprescindible también). No hay duda que de lo que se trata, como el propio Beling dice, es de subsumir, o sea, encuadrar directa o indirectamente el acto en el *Tatbestand legal*, y entonces —añade— surge el problema de si tal acto es antijurídico, porque puede no serlo.

Por eso —insiste, avanzada ya la monografía— en el catálogo de los tipos con referencia a la reciprocidad (como se ha dicho) para la confrontación de la vida real con el *Tatbestand*⁶⁶.

En distintos lugares señala el problema del *Tatbestand* en relación con el método y concreta que es un concepto ordenador metodológico, pero que no necesita que se hable de él, para fijar la parte externa del acto que es lo esencial y, por ello, no hace falta emplear la rúbrica *Tatbestand legal* y de “hecho”, que sólo es válida a los efectos de determinar el dolo y la culpa, o sea, concretamente el problema de la ignorancia o no de las circunstancias de hecho. Por lo cual se refiere Beling, comentando dogmáticamente el precepto del Código Penal alemán, a esas circunstancias y, por eso, realmente se parte del hecho mismo como disposición, demostración o verificación, tal como hemos recogido. Aquí se precisa cuanto digo sobre el método jurídico y lo experimental, ya que si, como dice Beling, la parte especulativa sólo puede resolverse con referencia al *Tatbestand legal* cuando adquiere plasticidad, es decir, que sólo vale en cuanto, como hipótesis, se ha hecho comprobable⁶⁷. De aquí

⁶⁶ No olvidemos que Beling dice que no hay *Tatbestand* “en sí”, y que todos ellos se aclaran y se perfilan en el tipo de delito que regulan.

⁶⁷ Decimos que Beling insiste con machaconería sobre el tema que desarrolla, lo que nos obliga a nosotros a tal posición con la misma intención que él de aclarar este estudio. Con ello nos se nos oculta la posibilidad de involucrarlo de nuevo. Mas creemos, por otra parte, que las citadas repeticiones, desde distintos puntos de vista, valen mucho para aclarar los con-

que sea experimental, por la doble referencia al tipo como supuesto, pero inmediatamente al *Tatbestand* como dato del que hay que partir. Pensemos siempre en el *corpus delicti*.

Para concretar más, Beling dice que tiene la esperanza de que adquiera carta de naturaleza la palabra *leitbild* que empleó por primera vez como "rector" de la ley, y que así resalta más lo esencial al concepto y, entonces, se ve con más claridad el carácter meramente regulador del *Tatbestand* de la ley.

Creemos que la mayor precisión del *Tatbestand legal* como un concepto ordenador metodológico nos la da cuando dice que no hace falta hablar del *Tatbestand legal* para la parte externa del acto, aun cuando afirme, y realmente lleva razón, que hay que partir del acto externo. Lo que quiere indicar es que, si vemos a un hombre muerto, lo externo está claro, claro en principio, con referencia a una causa productora. Mas como el *Tatbestand* fija también la parte subjetiva, o sea, la culpabilidad como exigencia, se precisa mencionar el *Tatbestand* como regulador de ese dolo y de esa culpa. Para entendernos, el *Tatbestand legal*, delimitando las circunstancias de hecho amplias, las concreta a las circunstancias de hecho que él quiere, a base de la dirección de la voluntad, como hemos puesto, por ejemplo, en las lesiones y, por ello, es regulador del tipo de delito. No determina la parte objetiva externa o general, sino la parte objetiva externa a la que iba dirigida la culpabilidad que, precisamente, ha de ser probada. De aquí que, en el caso de la muerte no querida, la "muerte" no entra en el *Tatbestand legal* porque éste, para precisarla, no necesita extenderse a ese resultado de muerte.

Otro caso claro de lo normativo psicológico y, que el *Tatbestand* no hace otra cosa que resolver es el problema del error de hecho, válido plenamente si es esencial o invencible o menos válido si es

ceptos. Pero, además, lo que nosotros queremos resaltar aquí, es que sólo las ciencias llamadas extrapenales nos han de dar la auténtica verdad del dogma legal, pues no es suficiente que esté todo perfectamente delimitado en la ley, sino que el encaje del hecho, en la total tipicidad, corresponda a la verdad descubierta sobre dicho hecho, así como a la capacidad del autor y sus posibilidades de exigencia. Se trata de probar no sólo la "causalidad ciega", sino la "finalidad vidente" como se dice y, naturalmente, la combinación de ambas cosas, de lo regulativo-constitutivo a través del "Tatbestand". Las ciencias penales no sólo son necesarias en cuanto concretan, en el examen del hecho plástico, una realidad inicial, sino que por ellas se puede analizar lo antijurídico, estudiando la causa y el motivo y, desde luego, en esa culpabilidad del autor. Por eso añadimos, para argumentar, cuanto exponemos a continuación, que es base para la culpabilidad normativa, partir del hecho y su posible error de captación.

esencial y vencible. Así vemos cómo, si bien el *Tatbestand*, inicialmente, no determina el dolo ni la culpa, exige que exista un dolo y una culpa y, por tanto, el tipo tiene el mismo contenido para ambos, como lo tiene para la antijuricidad, por lo que puede distinguirse la acción típica de la antijuricidad tipificada y de la culpabilidad. Puede ocurrir que haya tipo y no antijuricidad, como en una causa de justificación; y, a su vez, también puede haber una acción típica y típicamente antijurídica sin culpabilidad (porque la realización del acto no corresponda a la exigencia tipificada y probada de culpabilidad), como en el caso del error esencial e invencible, o sea, cuando se ignora concretamente y no se puede vencer la ignorancia. Por eso, el *Tatbestand* es el concepto troncal del Derecho Penal, imprescindible para todas las calificaciones de los restantes conceptos jurídicos, naturalmente a excepción del acto, sobre el cual se hacen, o se predicán, todas las características. Si el *Tatbestand* ha de servir para determinar no sólo el injusto, sino también la culpabilidad, es imprescindible determinar la necesidad del conocimiento de las circunstancias de hecho, prefijadas o determinadas de antemano y a probar.

Se dice que, aun suprimido directa o indirectamente el acto en el *Tatbestand legal* (que se ha hecho plástico) no se ha resuelto todavía el problema de la antijuricidad del acto ni, naturalmente, el problema de la culpabilidad.

Por lo cual, para ello, tenemos que retroceder. Al hablar de circunstancias de hecho relevantes e irrelevantes nos referimos a las relevantes en el sentido de *Tatbestand legal*, que ya hemos visto al hablar de la relación de causalidad. Ciertamente —como dice Beling— que si se prescinde del “rector” es imposible captar el sentido del Derecho Penal, pero lo que interesa es saber cómo hay que servirse de él. Para darnos cuenta de ello, cuando dice Beling que “las condiciones objetivas de punibilidad” (denominación impropia a nuestro juicio), que se hallan en el tipo en cuestión, se pueden examinar a continuación de la referencia del *Tatbestand*, nos damos cuenta de las circunstancias que, a los efectos de ser relevantes o irrelevantes, corresponden al *Tatbestand*. En el ejemplo de la muerte no querida, las partes relevantes del *Tatbestand* (donde coincide lo objetivo con lo subjetivo) son las lesiones, e irrelevante (aun cuando después cuente) es la muerte de la persona, y eso es a lo que, a mi juicio impropriamente, llama Beling “condiciones objetivas de punibilidad”, que sirven para aclarar el problema en relación con el ejemplo anterior, si pensamos que el nombre no hace a la cosa, aun cuando en Derecho Penal hay que precisar. Las llama así porque se trata de

una objetividad mayor realizada, que supone mayor pena al acto, sin que la culpabilidad haya sido dirigida a ese resultado mayor, y esa objetividad sirve para calificar, partiendo de un *Tatbestand* común, que luego se especifica.

Por eso, podemos decir, en principio, como dice Beling, que no hace falta hacer mención del *Tatbestand legal* para el tipo injusto, pero sí, a los efectos de la culpabilidad, a base de lo que ya hemos resuelto sobre la ignorancia, en líneas anteriores. Beling se pregunta si sin la mención del parágrafo 59 ("al que ignorase las circunstancias de hecho pertenecientes al *Tatbestand legal*... no le serán imputadas") sería entendida o suplida esta supresión por el intérprete de la ley, en relación con la voluntad del legislador que quiere se tenga en cuenta. Hace unas aclaraciones sobre la definición de dolo y culpa que pueden ser fácilmente comprendidas, pero indica que lo que interesa es reducir el estudio a lo que él se plantea: el valor de la ignorancia del hecho o de las circunstancias de hecho precisadas a través del *Tatbestand* y que nosotros, en la interpretación de nuestro Código Penal (sin expresar este término de *Tatbestand legal*, ni de traducirlo), resolvemos perfectamente, como han hecho, en general, los juristas sin esta preocupación. Si el art. 407 dice: "el que matare a otro será castigado como homicida"; pero, a su vez, el art. 1.º determina que: "la acción u omisión ha de ser voluntaria", observamos perfectamente la exigencia, en relación con las circunstancias de hecho de una acción completa, que, definida como voluntaria, es libre y, por tanto, consciente sin necesidad de entrar en la distinción de dolo y culpa, porque la libertad de la acción no sólo consiste en conocer, sino en poder haber conocido en circunstancias normales. Sin volver a mencionar los párrafos segundo y tercero del art. 1.º, y dado que el número octavo del art. 8.º, como causa de exención de responsabilidad, dice: "el que con ocasión de ejecutar un acto lícito con la debida diligencia causa mal por mero accidente sin culpa ni intención de causarlo", la posición es tan clara que no necesita absolutamente ninguna explicación, y se ve que el *Tatbestand* está implícito en nuestra ley exigiendo en la voz "voluntaria" una culpabilidad como complementaria y posterior de lo injusto.

Se presenta como posición complementaria, en relación a los tipos secundarios, la diferencia entre *Tatbestand* y adecuación al *Tatbestand*, cuestión que no debe plantear problemas, a mi juicio, ya que, efectivamente, cuando no hay adecuación al *Tatbestand*, por falta de consumación, la referencia está, partiendo de una causalidad adecuada, en que puede precisarse en los medios, como actividad



externa, porque esos medios sean adecuados, como probatorios, a lo que había de intención en el agente. Tan cierto es esto que, invirtiendo los términos y, por ello mismo, cuando hay un resultado mayor del querido y no es adecuado al *Tatbestand* aunque cuente, a ciertos efectos, lo descontamos, precisamente, por una inadecuación al *Tatbestand* en más, pero con referencia al mismo *Tatbestand*. Todo ello se aclara perfectamente si, según frase de Beling, "sin esa referencia o adecuación al "rector" se escaparía el sentido del Derecho Penal".

A continuación dice Beling que, aun cuando todo el Derecho Penal está acuñado en tipos y, por tanto, la tipicidad es un elemento conceptual del delito, no se debe considerar la adecuación al *Tatbestand* ni la referencia al mismo como sinónimo de tipicidad y —añade— que hay que eludir la apariencia de una coordinación de la tipicidad con antijuricidad y culpabilidad, por lo que no se debe definir el delito como: "la acción; primero, adecuada al tipo; segundo, antijurídica; tercero, culpable, etc.", sino como que delito es "la acción típicamente antijurídica y típicamente culpable".

Para entendernos hemos de partir de Beling cuando dice que "al desaparecer el *Tatbestand* de la definición de delito su significación no padece nada", lo que se ve claramente en la definición que ha dado de delito, para diferenciar el *Tatbestand legal* de la antijuricidad y, naturalmente, de la culpabilidad, al estimar que "cada uno de los elementos del delito, requiere su explicación y, dentro de la tipicidad, el *Tatbestand legal* ha de recibir el lugar predominante que le corresponde", con lo cual vemos la relación con el acto del que se predicen todas las demás características, y es, en relación con la separación de los distintos elementos del delito, que la acción no solamente ha de ser antijurídica, sino, en primer lugar, adecuada al *Tatbestand*, con lo cual hay precisión de que puede haber *Tatbestand legal*, y luego hay que precisarlo en relación con el tipo de delito si, como se ha dicho, el tipo de delito no es el *Tatbestand*.

Dice Beling, que el lugar sistemático del *Tatbestand legal*, es el mismo que en el caso de falta de *Tatbestand*. Y aclara a continuación que una acción únicamente es adecuada al *Tatbestand* cuando llena el *Tatbestand* correspondiente, y que existe una falta de *Tatbestand* siempre que un acto no presenta ninguna, o sólo una parte, de las características del *Tatbestand* que son necesarias. Vuelve a insistir, machaconamente, sobre los tipos de delito no independientes. Nosotros, para concretar, vamos a decir cómo vemos la diferencia entre acción típica y acción antijurídica. Basta que, v. gr., en la muerte o legítima defensa, lo objetivo (muerte de una persona) y

lo subjetivo (voluntad de matar) coincidan en un punto, pero sólo la calificación de antijurídico sirve para que, en vez de no ser delito, si no fue en legítima defensa, sea delito. Aquí observamos que si, por un lado, la parte objetiva de la muerte es la misma para que exista o no exista delito, desde el momento en que falta el tipo de injusto (en referencia al cual se precisa el *Tatbestand*) falta una de las partes del *Tatbestand*, como es el que sea antijurídica, y, como es anterior a la culpabilidad, ésta queda descartada, pues, por otra parte, la culpabilidad exigida en el *Tatbestand*, aun en el caso de la legítima defensa, se ha dado. Por lo que es cierto que, el lugar sistemático para la teoría del *Tatbestand legal* es simultáneo al de falta de *Tatbestand*. Entendemos aquí la culpabilidad, en el sentido de voluntario, como concordancia de lo objetivo con lo subjetivo que, precisamente, lleva (en el caso citado), un dolo de matar, pero excluido, por ser el acto justo, ya que sabemos —como dice Beling— que el legislador extrae el *Tatbestand* tanto del campo de lo injusto como de lo justo.

El problema se ve más claro en el exceso de la legítima defensa, o sea, como posición atenuante debido a la proporcionalidad o no proporcionalidad del medio usado, con lo cual esto nos sirve para lo dicho en relación con la adecuación al *Tatbestand* y la referencia al *Tatbestand*, así como con referencia a la culpa, porque en el fondo, una legítima defensa con exceso no es otra cosa que la realización de un acto lícito sin la debida diligencia, ya que, en la legítima defensa, hay, o debe haber, una concordancia de lo objetivo (lesión si ésta es suficiente) con la voluntad (probada en la proporcionalidad del medio adecuado y en referencia). Dice Beling que unos tipos de delito exigen un *Tatbestand* referido al dolo, y otro a la culpa, lo que nos hace ver que, a través de un *Tatbestand* con base justa, por una desviación de la voluntad, se perfila un tipo de delito que, en otro caso, quedaría excluido. Por no existir esa concordancia en todo, pero sí en la parte esencial a determinar (la lesión), es por lo que el tipo de muerte junto con el de lesión, a base de un *Tatbestand*, no es regulador solamente de la antijuricidad, sino como prueba del resultado y cuyo *Tatbestand* es regulado, a su vez, por la antijuricidad, y en ambos, o por ellos, queda regulada la culpabilidad, siendo ésta, por ello, un juicio derivado. Por tanto *Tatbestand* y antijuricidad son independientes pero recíprocos en su regulación y en el sentido conceptual de tipo y antijuricidad, y si pudiera decirse que son constitutivos de delito, los elementos de antijuricidad y culpabilidad, no lo son en el sentido real, ni siquiera el *Tatbestand*, sino que lo que lo es constitutivo es el acto concreto realizado que se ajusta

a todos los elementos, incluido el *Tatbestand*, por lo cual pueden distinguirse, teniendo también el *Tatbestand* su lugar adecuado dentro de la tipicidad. La muerte de un hombre es típica, y es delito si es típicamente antijurídica, o sea, cae dentro de un tipo de injusto y es culpable, en las mismas condiciones. Escalonado así el problema se ve, con toda claridad, cuanto queremos decir. El acto ha de encajar en todos los elementos conceptuales del delito, partiendo del *Tatbestand legal* como concepto, y tiene que expresar el resultado que puede darse en la realidad; por ello, está vacío de contenido, es un abstracto jurídico y, en consecuencia, neutro, dado que los demás conceptos abstractos posteriores, como antijuricidad y culpabilidad, van a llenarse con la prueba de que ese *Tatbestand*, en principio amplio, está tipificado como antijurídico y culpable.

EL SENTIDO DE LOS ACTOS. TIPO INJUSTO Y TATBESTAND LEGAL⁶⁸.

Precisamente porque el tipo de injusto es preciso extraerlo del acervo común por medios científicos, de ese "montón" que yace más allá de la división de lo antijurídico y jurídico, de lo culpable y de lo no culpable, de ese *Tatbestand* como "sucedido", indeterminado, en principio, es por lo cual lo llamado "más allá" (Dorado Montero

⁶⁸ Vamos a hacer una aclaración, insistiendo de cómo el tipo de injusto se diferencia del "Tatbestand legal".

"Tener sentido el acto" es la prueba fundamental y, por eso, buscar el sentido del acto es la "esencia", no sólo para probar la culpabilidad, que es lo primero que se nos alcanza (naturalmente pensando en que el acto sea injusto, e identificándolo con lo injusto en el sentido vulgar) sino para probar esa antijuricidad, o un injusto específico, lo que puede no aparecer tan claro a la vista. Por ello es imprescindible el dictamen de la ciencia llamada extrapenal.

Hemos hablado anteriormente de daño e injusto, por lo cual veremos a continuación hasta donde podemos llegar en profundidad en orden a la diferencia entre daño e injusto.

Si hay una unión inicial porque, v. g., al dueño de una cosa le da lo mismo que la tome para apropiársela o destruirla, para diferenciar dos injustos distintos, daño y hurto, v. g., es necesario buscar el matiz jurídico a base de la prueba.

Si eso es así, la necesidad de precisar una antijuricidad por su ausencia, en el caso de la legítima defensa (completa o incompleta), es ya más complicada. Por eso es imprescindible partir del "Tatbestand", y, por lo mismo, Beling plantea problemas en relación al dolo, que yo creo ver en la motivación, muy esencial en el caso de legítima defensa.

Y entonces, al llegar a la culpabilidad, por el error, en orden a lo normal de la vida, nos lleva a profundizar en lo metajurídico y ver el "Tatbestand legal", como dice Beling, como un sistema metodológico. De aquí que ligamos la explicación del acto con el autor, para buscar el sentido de un acto humano en el orden normal con el estudio de la personalidad del autor, precisamente, para poder precisar el dolo y la culpa.

lo dijo perfectamente) es la ciencia, y es a lo que erróneamente se llama "metajurídico". Precisamente recordamos el problema de acometer más a fondo la *vis ac potestas* de las *verba legis*. Basta recordar también lo relativo al lenguaje y metalenguaje.

Insistimos en que el problema está en la reciprocidad de la regulación del *Tatbestand*, en relación a lo injusto y lo constitutivo del acto. Una cosa es que el tipo, refiriéndose al *Tatbestand*, sea la total tipicidad del "sucedido", como *Tatbestand legal*, que acoge lo justo y lo injusto; y otra que lo justo o lo injusto, en relación con el acto, esté tipificado también. Para entenderlo es preciso recordar la idea —de algún autor— de que el *Tatbestand legal* es el contenido legal del hecho. Hemos pensado muchas veces si eso era así y, entonces, lo podríamos identificar, por lo ya dicho del ente jurídico de Carrara, con el delito mismo, considerando al *Tatbestand* o, mejor dicho, la adecuación al *Tatbestand*, que no es lo mismo, como el delito real frente al concepto, y así fue considerado en alguna ocasión. Pero si Beling dice, y está en lo cierto (aun cuando dé tantas vueltas para resolverlo y, a mi juicio lo complique), que el *Tatbestand*, como elemento del delito, requiere su explicación, junto con los otros elementos dentro de la tipicidad, se aclara, perfectamente, que el *Tatbestand legal* es más reducido que la amplia tipicidad en el sentido de que la tipicidad lo abarca todo. Y tan es así (y así lo podemos fundamentar en la exposición de Beling), que el delito "es la acción típicamente antijurídica y típicamente culpable".

La palabra "típicamente", situada entre acción y juricidad, lo aclara todo y da lugar no sólo a la distinción de elementos, sino, precisamente por ello, a la valoración jurídica posterior de la acción, aún cuando en la realidad haya sido concomitante, una vez demostrado, en principio, que el *Tatbestand* es un "sucedido", pero no producto de una causa cualquiera, sino ya de la acción del hombre.

Al decir Beling, en la definición del delito, "acción típicamente antijurídica", como se ve, esa acción se separa y se une a lo antijurídico. Y en ello no hay, a mi juicio, contradicción alguna, ya que, como hemos dicho, la palabra "típicamente" colocada entre "acción" y "antijuricidad", es la que da exactitud si, además, añadimos que sobre la acción es sobre la que se predicen todas las demás características para que dicha acción sea delito, incluida la del *Tatbestand*. Precisamente la frase "típicamente antijurídica", es también funcional como lo es el *Tatbestand* y, por tanto, relativa, por lo cual está entre las dos, ya que puede ser acción que llene el *Tatbestand* y no llevar la antijuricidad, típicamente recogida y con precisión. Es relativa funcional, en virtud de constantes y variables, como hemos demos-

trado en el ejemplo del exceso en la legítima defensa, pues es, entonces, un "si es" o "no es" delito. Así vemos aquí no solamente el carácter neutro y funcional del *Tatbestand legal*, sino la "neutralidad" de la justicia en la interpretación de la ley y una prueba de respeto a la libertad del hombre, con base en la estricta tipificación de la antijuricidad.

Partimos de la base de que ante el hombre muerto siempre habrá que investigar la causa hasta esclarecerla. Pero seguimos en nuestro argumento. Una vez delimitada la acción como acción del hombre y, por tanto, como *Tatbestand legal*, o sea, muerte de un hombre por otro, en principio y como ejemplo (que eso es precisamente el *Tatbestand legal*), nos da base para pasos posteriores, pero, en principio, —decimos— aun cuando luego se pruebe que no hubo antijuricidad, la hipótesis supone todo lo contrario, es decir, parece un contrasentido, pues el hecho inicial se estima como delito, y luego se probará que no lo hubo, por ejemplo porque se actuó en legítima defensa; incluso después de probar la antijuricidad se probará la culpabilidad como concordancia de lo objetivo con lo subjetivo, por lo cual, en el ejemplo del exceso en la legítima defensa, vemos clara toda la diferenciación de elementos. No olvidemos, cuando pensamos en estas cosas, la diferencia que hay entre lo conceptual y el hecho, o acción humana, que encaja en el concepto como idea clara y diferencial de lo constitutivo con lo regulativo.

El *Tatbestand* será: "v. g. quiso matar y mató"; "quiso lesionar y lesionó", pero no: "quiso lesionar y mató"⁶⁹.

Queda explicado todo esto anteriormente, en relación con el Código Penal alemán y el nuestro.

Hemos insistido mucho en el ejemplo de lesiones y muerte, sin hacer referencia al otro ejemplo constante que pone Beling sobre "tomar la cosa ajena contra la voluntad del dueño y con ánimo de lucro", porque complica más, en cuanto se ponen de manifiesto los elementos subjetivos de lo injusto que, con razón, Beling sitúa detrás de la culpabilidad, cuando dice que "no sólo es tomar la cosa ajena, y con dolo de tomarla", sino —y lo expresa con esta frase después de hablar del dolo— "y vuelta a empezar", para considerar si una vez tomada la cosa ajena, sabiendo que es ajena, y con voluntad de tomarla, se especifica en el artículo correspondiente el ánimo de lucro detrás de aquella voluntad dolosa, porque también pudo

⁶⁹ Insistimos en precisar el tipo específico, aun cuando pueda ser común, pero sólo en principio, para dos tipos de delito, y eso es lo que hay que robar por las llamadas ciencias extrapenales.

haber un ánimo no de lucro, sino de daño. Esto queda perfectamente aclarado en el art. 514, n.º 3.º de nuestro Código Penal, que considera como hurto el caso de “los dañadores que sustrajeren o utilizarren los frutos u objetos del daño causado en la cuantía señalada en este capítulo”. Aparte de una especificación muy clara en relación con la fuerza en las cosas, por ejemplo: el caso de que un hombre corte un árbol y se lo lleve en que por haber, en principio, fuerza en la cosa parece robo, pero queda especificado como hurto, observándose que ya delimitado el *Tatbestand* en este precepto según la prueba “a posteriori”, hay sin embargo un *Tatbestand* común de daño y hurto. Aclaremos este punto con un ejemplo: Supongamos que los dañadores queman un árbol en la misma finca donde lo han cortado. ¿Para qué lo queman?, para hacer la comida o calentarse o, simplemente, para destruirlo? Esto merece mucha consideración y ahí están los llamados elementos subjetivos de lo injusto que —según Beling— no pertenecen a la culpabilidad, por estar detrás de ella, ni son elementos de lo injusto.

Este problema de concordancia de lo objetivo con lo subjetivo se aclara muy bien por Carnelutti cuando habla de “concordancia o discordancia de la forma con la intención”, retrotrayéndonos a la idea de forma y materia, y teniendo en cuenta como las formas advienen a la materia, lo que se resuelve en el sentido de forma substancial, por lo cual podemos no sólo hallar el delincuente, sino probar su delito en la medida que lo ha cometido, y descubrirlo a través de las ciencias llamadas extrapenales.

Por eso Beling dice que sin el *Tatbestand* el Derecho Penal perdería su sentido, y lo perdería, precisamente, en la parte especial. En relación a lo cual nosotros, en nuestros trabajos, hablamos del ser y del sentido⁷⁰.

CONSCIENCIA DEL ACTO: DOLO.

Antes de seguir adelante vamos a relacionar o, mejor dicho, a explicar dos posiciones que hemos pasado por alto, pero que interesa aclarar en razón a lo dicho anteriormente relativo a lo consciente e inconsciente.

Al expresar Beling que el “rector” de la ley penal, llámesele como se quiera, es imprescindible para poder adueñarse del sentido del Derecho Penal, no hace otra cosa que referirse, dentro de los actos humanos, a que éstos deben tener sentido. Lo que se apoya

⁷⁰ Principalmente *Ciencias Penales y Derecho Penal*. Citado.

además en las palabras que anteriormente dice considerando como imperfecta la definición del dolo: "obra dolosamente el que realiza un acto con consciencia y voluntad" —y añade— "desgraciadamente tan vulgar que es, por completo, insuficiente; pues con tal fórmula no se establece un límite de distinción frente a la culpa, sino con respecto a la conducta corporal en estado de inconsciencia o carencia de voluntad; el que dispara contra un cristal con consciencia y voluntad y alcanza a un hombre, culposamente ha realizado el acto con consciencia y voluntad, en esta fórmula —continúa— falta lo principal: que es lo que del hecho ha de ser conocido y querido. Igualmente falta lo fundamental en la fórmula: que es lo que del hecho ha de ser conocido y querido". Alude después a las circunstancias de hecho relevantes o irrelevantes en el sentido del *Tatbestand* (cuestión que ya hemos tratado), y añade, finalmente, que en la definición legal no hay otro remedio que conservar el término *Tatbestand*.

Para centrar este problema tendríamos que recurrir a la idea de "enfermedad mental" en relación con los actos del enfermo mental, precisamente por no ser conscientes en la medida que requiere la libertad humana, ya que a ello se refiere la carencia de voluntad. En cualquier tratado de Psiquiatría se habla de los proyectos vitales del hombre y, naturalmente, cuando los actos del hombre tienen sentido en la realización, por el "yo" de un proyecto vital, tal acto mantiene identidad con el "yo", con independencia de todas las circunstancia que, por otra parte, cuentan. Es a eso a lo que se llama "una vida con sentido". Se dice por Dilthey que los actos de la vida psíquica están caracterizados porque se encuentran conjuntados los unos con los otros en forma estructural. Aquí tendríamos que recordar, cuando hablamos de "metajurídico y metalenguaje", cómo el lenguaje es una estructura con sentido. Por tanto esa relación que tienen las palabras expresivas de las ideas (así como los actos externos, como expresión de la intención) está constituida por ese lazo espiritual que se llama "tener sentido", y esto es lo que quiere expresar Beling a través del *Tatbestand* no ya para explicar el acto, sino para comprenderlo que es lo esencial. En relación con lo dicho, y para tener idea del *Tatbestand*, es preciso poner de relieve lo externo como se ha venido haciendo en psiquiatría, a partir de Jasper, en relación con los términos "comprender" o "explicar".

En nuestros trabajos, repetidamente, hablamos del "acto como totalidad", del "sentido de unidad" (y esto se repite en psiquiatría y en psicología) y decimos que un acto aislado se halla referido siempre a la totalidad, y, naturalmente, en relación con esa totalidad,

tiene un valor en cuanto pertenece a dicha totalidad y, por ello, observamos que todos los actos de nuestra vida individual están referidos, también, a una totalidad del proyecto de vida. Surgen unos de otros y cada uno se proyecta sobre el siguiente.

Naturalmente que, a base de las llamadas "ciencias extrapenales" (entre las que, naturalmente, están las ciencias naturales), se trata de que el método es, para ellas, explicativo, en tanto en cuanto, para las ciencias del espíritu, es el de comprender. Pero si en otros lugares (y es concepto actual), se habla de la relación de las ciencias naturales, como la biología, y de las ciencias del espíritu, no podemos olvidar cuanto hemos dicho de la parte espiritual que reposa en la parte material. Sólo así podemos entender y perfilar un Derecho Penal, a través del *Tatbestand*, explicando las causas y comprendiendo los motivos, aun cuando éstos sean desencadenantes de causas que, a veces, en una concatenación material pueden ir más lejos de lo que se quiso, y sólo analizando el motivo se va a descubrir ese motivo y, a su vez, el exceso de la concatenación material. Aun cuando un desencadenamiento de causas pueda ser voluntario, y comprenderse cuando las concausas se interrelacionan y producen un resultado mayor, sólo a través de una prueba de motivación podemos comprender el exceso, porque podemos explicar las relaciones naturales o físicas de los actos. Con esto también se aclara lo que dice Beling de adecuado o referido al *Tatbestand*, si pensamos que los actos no pueden considerarse aislados, sino siempre referidos a la totalidad y, precisamente, pueden calificarse porque pertenecen a esa totalidad.

En consecuencia, creo que, en cierto modo, cae por su base la crítica que hace Beling a la definición del dolo y la cuestión queda reducida al caso en que el individuo está en estado de inconsciencia o carencia de voluntad, lo que quiere decir que se encuentra en "estado de anormalidad plena". No dice nada en contra el ejemplo —que pone— en relación con el caso culposo del disparo contra el cristal que alcanza a un hombre que está detrás de la ventana, ni que se aluda a que, en la definición del dolo, es preciso decir que el hecho ha de ser conocido y querido, ya que no sólo esto está implícito, sino que, precisamente, en la definición del dolo que recoge se hace referencia al acto y no a los resultados posteriores que, naturalmente, cuentan no sólo en el sentido de ser conocidos y queridos, sino de que puedan ser conocidos con arreglo a las normas de la vida para ser queridos o no queridos. Eso es lo que precisamente quiere decir "tener sentido" y "estar referidos a la totalidad" y, por ello, en las figuras secundarias se habla de referencia a un *Tatbestand*. Y como se dice de las figuras secundarias que siempre van referidas al tipo

principal y, entre ellas, está la frustración, como ejemplo pleno y contrapuesto a la preterintencionalidad (e incluso a la culpa, como contrario, pero idéntico en la prueba), observaremos la facilidad que hay, partiendo de este punto, para demostrar cuanto decimos.

Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, en relación a la culpa, se resuelve el problema a base de los términos "comprender" y "explicar", partiendo de que el acto inicial es producido por el hombre y, por tanto, comprensivo o comprensible, y todo lo concatenado con él, como causas físicas, es explicable. Si el hombre sabe explicarse (en la medida conocida) las leyes físicas, al ponerlas en movimiento, su base está en que comprende la razón de la utilización de esas fuerzas físicas explicables.

La duda que se presenta a Beling sobre dolo y culpa, consciencia o inconsciencia se resuelve en el problema del error de hecho, a base de una capacidad o incapacidad dentro de la vida normal. Por eso nos hemos referido a la enfermedad mental como base para probar que los actos que no tienen sentido se explican por una causa desencadenante anormal, porque falla el proyecto de vida, y los actos que se comprenden son los que tienen sentido. No vamos a negar que si no se quiere el resultado (que va contra el proyecto vital del individuo, y éste tiene capacidad para comprenderlo), el desencadenar una serie de relaciones causales que llevan una finalidad (pero que no han precisado la elección del medio y la forma cuando con arreglo a las normas de la vida puede hacerse), deja de tener sentido la prueba, podíamos decir, de la falta de empleo en la elección de unos medios idóneos. Insisto en la referencia al error esencial e invencible como base para la absoluta irresponsabilidad que nadie discute.

LA TIPICIDAD Y SU NATURALEZA.

Para entender el problema de la antijuricidad tipificada o, más exactamente, la tipificación de lo antijurídico, hagamos unas consideraciones. En primer lugar el debatido problema de si la tipicidad es *ratio essendi* o *ratio cognoscendi*, es decir, meramente indicio de la antijuricidad.

Si resumimos a la forma y contenido o, más claro, a la antijuricidad material y formal ligadas ambas, sucesivamente, a la idea del bien a proteger, partiendo de la base de las normas de cultura (e incluso, con más delimitación, de una antijuricidad amplia para todo el Derecho y ya más concreta en el Derecho Penal mediante tipificación), nos daremos cuenta de todo.

Si partiendo de lo expuesto se dice, y es lógico, que la tipicidad "concreta" el injusto, no hay duda de que si no es la "esencia", que parece reducirse a un sentido material, sí es lo que contine la "esencia", discutible, en parte, si pensamos en la idea de forma.

Pero reducido el problema a la idea de continente y contenido, es como cuando, en sentido figurado, pero real, se dice "el frasco de las esencias". Con esta idea y la formalización o, mejor dicho, la forma y la materia, posiblemente, nos podamos entender y quedar todo claro. Naturalmente que el "frasco", o "continente", no es la "esencia", ni siquiera podemos decir que es la forma de la "esencia". Pero, entonces, es igual o comparable a las *verba legis*, salvo que entendamos éstas, o sea las palabras, en un sentido de metalenguaje, que es como hemos de entenderlas para darnos cuenta de que las palabras tienen un contenido que es lo esencial, o la "esencia". Si idealmente pudiésemos imaginarnos una "esencia" aislada del frasco que la contiene, con la misma forma del frasco, naturalmente que esa forma no es tampoco la "esencia", sino que ésta es la "esencia" misma y, por eso, realmente las palabras, aun cuando delimitan más, precisamente, por el metalenguaje estarían vacías, si no expresasen ese contenido:

En una de las críticas que se hacen a Beling, se dice que cuando habla del delito y afirma que es: "acción; primero, referida al *Tatbestand*; segundo, antijurídica; tercero, culpable, etc." la noción está expuesta a reparos, porque entonces aparecen el *Tatbestand* y la antijuricidad, contrariamente a lo que se quiere dar a entender, como coordinados y desligados.

Claro está que Beling corrige esta definición, y de ella hemos de partir, o hemos partido, para el análisis, o sea, que el delito es acción "típicamente jurídica" y "típicamente culpable".

Yo querría, quizá, antes de llegar a la conclusión y en relación con lo dicho anteriormente, partir de la idea de cómo lo típico concreta el injusto.

Creo que lo que hay que precisar, separando y uniendo después, son los conceptos de acción típica adaptada al *Tatbestand* (o, mejor dicho, que inicialmente la califica el *Tatbestand* como puro concepto) y de la acción típicamente antijurídica. No entremos ahora en lo típicamente culpable.

Parece ser que todo el problema se reduce a la tipicidad en el sentido de acción antijurídica y, por otra parte, no se refiere a esto, ya que se dice que la tipicidad es un "indicio" de la antijuricidad. Si recurrimos a la teoría de los "indicios", en Derecho Penal, nos daremos cuenta de que, v. g., en el caso de un hombre muerto si las

pruebas no son evidentes, recurrimos a la teoría de los "indicios" o, mejor dicho, a la prueba por "indicio". Si decimos que el *Tatbestand legal* se refiere a una delimitación de que la causa de la muerte de ese hombre ha sido otro hombre, "indiciariamente" y, sólo así, la muerte indeterminada es simplemente el "indicio" de que encaja en el *Tatbestand legal*, y es, precisamente, lo que hay que probar. Luego el *Tatbestand legal* como concepto vacío de contenido, es un "indicio" a probar o, mejor dicho, el hecho o "acaecido" es un hecho a probar "indiciario" de que puede o no puede encajar en el *Tatbestand legal*. Entonces el *Tatbestand legal* ¿qué es? "ratio essendi", o ratio cognoscendi? Beling dice que el primer elemento constitutivo de un asesinato no es el *Tatbestand legal*, sino la acción que se ajusta a él. ¿Cuál es la esencia? Partamos, inicialmente, de la materialidad del hecho para compararlo con la antijuricidad material y, propiamente, con la esencia.

Inicialmente el *Tatbestand* aparece, en un principio, como el hecho del delito, o su contenido real en oposición al concepto, por lo que esencia y tipo se identifican.

Nada importa que se diga, sobre esto, que en los puntos de la parte especial no se configuran tipos que parezcan neutros, porque entendemos⁷¹ que la tipicidad lo es todo, ya que sin acudir a la parte general no podemos resolver nada, y allí también, típicamente, están recogidas con precisión las conductas no antijurídicas. Plantearnos aquí el problema de las conductas atípicas es interesante, aun cuando no se crea, porque ellas nos vienen a demostrar por su ausencia (como es lógico y, por ello, se recogen típicamente también y no quedan en atípicas) las conductas que, específicamente, no son antijurídicas de un modo preciso, pues, concretamente, cualquier hecho en que interviene la mano del hombre, y que tiene apariencia de delito, ha de estar tipificado como no delito, bien por el lado de lo jurídico, o bien por el lado de la no culpabilidad. Aquí entra en juego el *Tatbestand legal* para calificarlo después de una antijuricidad legal. La idea de que la tipicidad concreta lo injusto es importante y, por eso, es antijuricidad tipificada, teniendo esta tipificación, un carácter neutro en relación a lo injusto o jurídico, tan neutro como el *Tatbestand*. Esto es lo más exacto para precisar en su totalidad la idea de delito⁷².

⁷¹ Aquí puede estar la confusión del tipo general y el tipo especial y la idea de indicio o carácter indiciario de la tipicidad.

⁷² Si queremos explicar, para entender, que hemos llamado "neutro" a la antijuricidad cuando se dice que es valorativa, resulta evidente, si pen-

El *Tatbestand legal* precisa de todos los sucesidos de la vida real, lo que responde inicialmente a la actividad del hombre. Es decir, el *Tatbestand legal* es más reducido que los "sucesidos". Lo mismo ocurre con la antijuricidad penal, la cual toma de las amplias normas de cultura, y de la antijuricidad en general, lo que exclusivamente interesa al Derecho Penal en forma de antijuricidad tipificada.

Esa selección de sucesidos en el *Tatbestand* para precisar el tipo de acción que encaja en él, así como la precisión también selectiva de la antijuricidad, imprescindible en el Derecho Penal para garantizar la libertad, supone en primer lugar, concretar la acción para después hacer posibles valoraciones posteriores, y esas valoraciones posteriores (como concepto en el que ha de encajar la acción que ya encajó en el *Tatbestand legal*) tienen que ser también precisas, como garantía de la libertad. Por eso, si es cierto, como se dice, que garantiza la libertad, ello lleva implícito no solamente establecer las reglas del juego, sino hacerlas cumplir. Esa es la auténtica regla, naturalmente cuando dichas reglas están basadas en principios superiores, sin que ello quiera decir estancamiento para aquellos que hablan de un "Derecho Natural moderno" sin tener idea de la variabilidad de la materia, de que hablara a Suárez, y de las conclusiones y determinaciones próximas.

Pero el problema, relacionando el error con la falta de *Tatbestand*, en todo o en parte, (y en referencia a los tipos de delito independientes, entre los que es preciso incluir la culpa), a mi juicio, debe concretarse efectivamente, pero no oponiendo tentativa a falta de *Tatbestand* y, por ello, *Tatbestand* y falta de *Tatbestand* deben ir juntos en su estudio. Lo difícil, y que se precisa, es la demostración de que exigiéndose para el *Tatbestand legal* un determinado dolo o culpa que coincida con la parte objetiva, pero no delimitados por el *Tatbestand*, dolo y culpa han de resolverse en la práctica, o sea, por verificación. Esta es la mejor prueba en cuanto estudiemos todo en referencia al reenvío, principalmente como prueba contraria y, a su vez, positiva de frustración y culpa en relación con la preterintencionalidad, como posiciones invertidas, en cuanto a la prueba de una voluntad de querer.

Para entendernos, y ello se aclara bien, es este un problema de método práctico de demostración, de disposición como dice Beling,

samos en las variables de la acción (y, por ello, también la antijuricidad como concepto, como abstracción que espera ser llenada por las variables de forma de operación), que se aclara con la prueba no sólo de la causalidad en la realización del "Tatbestand", sino con una motivación.

o sea, de verificación, pues ya el hecho, al ser práctico, tiene que haber acaecido y, entonces, el problema está en partir del dato o, mejor, la solución del problema (de esa cuestión problemática que se presenta a nuestra vida), es partir del dato. Si bien parece que, teniendo en cuenta el concepto teórico del delito (y constituyendo sólo un factor el orden que se siga en sus elementos), en este sentido, podría involucrarse de nuevo el concepto de antijuricidad tipificada con el tipo de acción correspondiente al *Tatbestand*. También se dice en el mismo sentido que la tipicidad es un indicio de la antijuricidad. Pero eso no es verdad, pues la antijuricidad tipificada es un valor en sí que espera llenarse con la realidad de que el hecho sea antijurídico. Ello se ve cuando se dice que siempre es preciso acudir a los tipos de la parte especial, entendiendo entonces que ya aparece como terminada la investigación, o que damos por resuelto el caso, cuando se trata de todo lo contrario. Lo que ocurre es que en el orden práctico, y aun en el teórico, tenemos que partir de una hipótesis, y así, a la muerte de una persona con o sin señales de violencia, lo mismo podemos decir que ha sido asesinada (lo que hay que probar) o que ha muerto de muerte natural (lo que hay que probar también). Podemos pensar que al ser asesinada ha existido un acto antijurídico, pero habrá que probarlo también; del mismo modo tenemos que pensar que ha muerto en legítima defensa. Ante la muerte, sea por asesinato o legítima defensa, el resultado sin haberse probado todavía que sea una u otra cosa, en principio está adaptada al *Tatbestand*. Lo que se supone es que sea antijurídica y, por eso, se abre el sumario, si se quiere ni siquiera se supone que ha sido antijurídica, sino que ha habido una muerte producida por otra persona. Cuando se cumplen los requisitos reguladores de la tipicidad antijurídica, la tipicidad no es un indicio, ni un problema de esencia o no, sino que el hecho es antijurídico, como pudo no serlo si, aun cumplido el *Tatbestand*, se obró en legítima defensa. Tipo, muerte de un hombre, con tipo, antijurídico o no, concretamente específico y con valoración posterior al tipo muerte.

Hemos de pensar, en orden al problema, que la idea de *Tatbestand* nace del *corpus delicti*, como realidad a prueba, e igualmente en la idea de lo especulativo —de que habla Beling— y lo experimental. Veamos un ejemplo, en relación con el descubrimiento de la penicilina y sus aplicaciones, de cómo cayó moho en un cultivo de estafilococos, y cómo de ello, como “*corpus de investigación*”, salieron las distintas aplicaciones y reglas con la especulación y la práctica, o prueba. Parece ser que algo parecido ocurrió a Pasteur, y así surgieron las pruebas y los descubrimientos para su aplicación.

La idea de plasticidad, es muy interesante, a estos efectos, o sea, realización del hecho y especulaciones consiguientes.

Hemos dicho que todos los datos en bloque, o sea, la totalidad de los elementos del delito, sólo pueden tomarse en un sentido especulativo, para luego arrancar partiendo de un dato cierto, después (recordando lo dicho por Beling, de que el *Tatbestand legal* penal es como el cable conductor) ir ciertamente a los tipos independientes de la parte especial, según la propia expresión de Beling, "para ver cuál de ellos viene a cuenta para el acto en cuestión. Con esto tiene, por así decirse, el gancho a que colgar el caso".

Constantemente se habla —en el trabajo de Beling— para fijar el *Tatbestand*, de parte objetiva y subjetiva. Después de aludir el citado autor, como hemos dicho anteriormente al *Tatbestand* como cable conductor, y a los tipos de delito especial como gancho donde colgar el caso, afirma, a mi juicio con mucha certeza, que lo primero que hay que ver es "si el acto llena, en su parte objetiva, el *Tatbestand legal*, naturalmente bien como adecuado, o bien como referido al *Tatbestand*. Y añade que después de esto ya no hace falta volver a hablar del *Tatbestand legal*. Después de analizar la existencia de la parte objetiva, como es la muerte, o la lesión, de aquí se sigue todo el proceso de investigación pues todas las averiguaciones o investigaciones que de ello se hagan dependen de ella y, en cambio, ella es independiente de todas. Inicialmente con esto se ve que el carácter neutro del *Tatbestand* relativo y funcional.

El *Tatbestand* —según Beling— es un concepto lógico antepuesto al concepto de delito. Pues bien, partiendo del hecho, observamos que, con el empleo de la lógica, la investigación que nosotros tratamos de hacer va mucho más allá de esa objetividad concreta acaecida o sucedida, e incluso de las notas características que inmediatamente la acompañan, que pueden ser una apariencia de realidad.

Tomado ese *Tatbestand* en la parte objetiva, como *Tatbestand legal*, se va mucho más allá del mero sucedido, pues ya se parte de la base de que es una causa humana. Sólo avanzando un poco más, y buscando la coincidencia, o discrepancia, de la objetividad con la culpabilidad —voluntad— se va a precisar el *Tatbestand legal* de cada tipo de delito. Pero esto parece que nos lleva al análisis de la culpabilidad, que es posterior a la antijuricidad y que complica el problema, porque parece que "damos un salto". Y ello no es así. La confusión puede partir (confusión que "es y no es verdad") de que lo que nosotros tratamos de averiguar es la totalidad del delito y, naturalmente, si éste existe, todos sus elementos reales, naturales y valorativos, tienen que estar unidos porque las valoraciones se ha-

cen sobre las realidades escogiendo lo relevante y desentendiéndose de lo irrelevante.

Para entendernos diremos que si partimos de la realidad objetiva, y concretamos más el *Tatbestand legal* en el sentido de que ese acto ha sido voluntario y producido por otro hombre, seguimos admitiendo la hipótesis de que, en principio, es antijurídico, y puede serlo o no serlo. Si no lo es, ¿para qué seguir adelante investigando si se es culpable, o si se ha cometido voluntariamente?

Por el contrario, si se demuestra que es injusto, aun cuando a primera vista también en apariencia se piense que es culpable, puede no serlo y, por eso, inmediatamente después del juicio de antijuricidad viene el juicio de culpabilidad.

Lo que dice Beling, y quizá en esto sea menos confuso, cuando afirma: "que para analizar todos los problemas psicológicos como hipótesis basadas en la voluntad, y que han sido representadas, hay que dejar sentado lo objetivo antes que todo lo demás", esclarece la cuestión. Ya dice antes que el *Tatbestand legal*, como concepto ordenador metodológico que es, no necesita se haga mención de él para fijar la parte externa del acto y sí sólo referencia al mismo en orden a la regulación del dolo y la culpa, que es un avance más para fijar la parte subjetiva del *Tatbestand legal*, porque ello lleva en sí que el hecho ha de ser conocido y querido; y aquí consecuentemente, se van a precisar las investigaciones psicológicas que nos darán claridad sobre el dolo y la culpa.

Por eso, como vemos, lo interesante es partir del dato externo, lo objetivo sobre el cual podemos hacer todas las investigaciones que nos llevarán a la verdad, o sea si la realización, partiendo del sucedido o acaecido objetivo, ha correspondido al injusto recogido por el tipo de delito y a la representación del hecho, de este hecho, cobijado por el injusto, en relación con el autor. Concretamente si la realización ha correspondido a la representación del autor, en la medida en que la ley lo exige en toda su extensión y profundidad, únicamente es explicable partiendo del *Tatbestand legal*, y aun antes del hecho del cual hay que analizar sus causas.

Se aprecia con precisión todo cuanto venimos diciendo, cuando después de hablar de lo objetivo y externo como sucedido —añade Beling—: "la disposición que lleva de lo subjetivo a lo objetivo no responde, en el fondo, al pensamiento jurídico: es propia de la forma moral de ver la conducta humana y no se adecua al sentido peculiar del derecho que es inmediatamente una ordenación de lo externo de la vida social y tiene en cuenta lo interno sólo mediatamente en cuanto se halla en relación con lo externo".

Aquí está la aclaración de cuanto hemos dicho y, para afianzar esto, tendríamos que decir lo mismo cuando, en principio, nos planteamos (ante la muerte de una persona) si es o no antijurídica. Por eso se ha hablado del orden de los factores para la averiguación, pero el partir del dato, o de lo externo, constituye la base esencial de todo y es lo auténticamente ordenador. Es decir, que esa parte llamada moral (o la "fuerza moral" de Carrara) ha de probarse en la realidad material del hecho y, por tanto, "diferenciada la objetividad material de la acción de la objetividad ideal del ente jurídico resultante de la relación entre el actor y la ley, se evitarían numerosas dificultades". Si estas últimas palabras entrecomilladas son de Carrara, queda aclarada toda la idea del *Tatbestand*, con las ideas de este maestro.

Si, concretando, Beling dice que los elementos subjetivos (no ya los analizados en relación con la culpabilidad, sino los que dan en llamarse "elementos subjetivos de lo injusto") vienen después, y ello es evidente, para precisar cuanto hemos dicho tendríamos que recurrir a la idea, expuesta por el citado autor, de que siendo los tipos de delito o estando dentro de la amplia esfera de los actos antijurídicos, por la dirección específica de la voluntad, se convierten en tipos de delito. Recordando lo relativo al hilo conductor o cable conductor, y que la parte especial es el "gancho donde colgar el caso", la reciprocidad constante o reenvío nos demuestra la razón de partir de lo externo y, sucesivamente, después todas las valoraciones.

Hagamos un análisis de los elementos subjetivos de lo injusto, considerando que la ordenación ha de hacerse sobre lo externo. Partiendo de esta idea —según Beling— no puede incluirse nada interno en el *Tatbestand*, es decir, nada del alma del autor y, por eso, estimo que los llamados elementos subjetivos de lo injusto, concretando como ejemplo la intención, ni son elementos subjetivos del *Tatbestand*, ni elementos subjetivos de lo injusto. Para apoyar esta posición y, a su vez, la diferencia entre antijuricidad y culpabilidad, dice que la distinción de injusto y culpable ya está superada y que, por tanto, hay algo más, como objetividad de lo injusto anímico. Da una idea clara cuando dice que ello supone "tomar lo externo y lo interno en montón como acaecimiento, como un todo". Ello nos lleva claramente a cuanto tenemos que explicar. Esos elementos —dice— son elementos del tipo del delito mismo, pero no de su "rector", la intención de apoderamiento antijurídico es típica para el hurto, pero se halla detrás de la realización dolosa del *Tatbestand* hurto.

Con referencia a que no es posible partir de lo subjetivo a lo objetivo, nosotros observamos que “esa vuelta a repetirse después del dolo, como otra subjetividad”, sólo se hará a base de la prueba no ya del sucedido externo, sino de toda la vía del proceso como conducta ya verificada, al igual que en los tipos secundarios, en relación con los actos adecuados o supuestos, como hemos afirmado ya al hacer el comentario del hurto del art. 514, núm. 3.º de nuestro Código Penal. Con ello queda claro, a mi juicio, lo que Beling quiere demostrar de que el *Tatbestand legal* es preciso estudiarlo ordenadamente a través de lo externo, como primer dato de prueba.

FORMALISMO DEL TATBESTAND.—LO LLAMADO METAJURÍDICO DEMUESTRA LO CONTRARIO, ASÍ COMO LA PROPIA EXPRESIÓN DE BELING DE SER EL TATBESTAND ORDENADOR METODOLÓGICO.

El *Tatbestand legal* es —según Beling— sólo un concepto ordenador metodológico, aun cuando no estoy de acuerdo con la expresión de Beling cuando afirma “y que la ley misma sea formalista, en cuanto nos lleva forzosamente a los tipos de delito y, con ello, a los *Tatbestand*, es cosa de la cual ciertamente el *Tatbestand* no es culpable”. Antes ha dicho que el *Tatbestand* sirve para centrar los problemas y para resolverlos, pero “no pretende menoscabar” en nada “la *ratio legis*, esencial en la interpretación”. En una nota de su trabajo dice: “lo que por lo demás en atención a la “necesidad jurídica” tiene su “ratio”. Trata Beling de defender el *Tatbestand legal* contra lo que pudiera creerse de que, a través del *Tatbestand*, el Derecho Penal pudiera incurrir en un riesgo de formalismo.

Creo que, como siempre, Beling, aparte de que quiera justificar su teoría, si en alguna ocasión oscurece sus pensamientos por excesiva condensación, en otras nos aclara, como en este caso, lo que está precisamente a la vista, si con ello se ve más claro resolviéndolo en la idea de lo metajurídico, o más allá, como verdad que está contenida en la *ratio legis*, sin que ello quiera decir que si el formalismo legal supone una exigencia imposible de soslayar, esto no sea otra cosa que el planteamiento de un problema de legalidad y justicia con base en *lege lata* para *lege ferenda*, ni nada tiene que ver esa fijación de los preceptos con la seguridad jurídica de que habla, si tenemos en cuenta dos cosas: una, y así debe ser, que todo debe estar especificado, y otra, que la ley es dogma en tanto sea vigente. Pero creer que una investigación profunda del sentido de la ley, y no de las palabras, puede ser formalista en el sentido de que se recoge, y decir que de ello no tiene la culpa el *Tatbestand*, a mi juicio, no sólo no es defender su punto de vista, sino no interpretar

científicamente la ley. Si el *Tatbestand* nace del *corpus delicti*, como prueba verdadera, y se trata de probar el hecho, y ese hecho está recogido en la ley como delito, la mejor forma de verdad es la prueba. Otra cosa distinta sería que el hecho en cuestión no deba estar prohibido, pues entonces se ha castigado a lo que no debía castigarse, con lo cual si bien es cierto que no especificar los tipos es grave, no es menos cierto que el sentido formalista que interpreta Beling se correspondería con el castigo injusto de un hecho que no debe serlo, pero, aun así, en nada tendría culpa ciertamente el *Tatbestand*, si a través de él se probase el hecho. Si eso es lo que quiere decir Beling, que así lo creo, es cierto, pero si lo que quiere decir es que la ley es formalista, no entendemos cómo esto puede ser así si necesita su base en una antijuricidad material y en una idea de justicia.

Pero, si se dice metodológico, aquí está lo fundamental y esto supone lo contrario de que con el *Tatbestand* se incurra en formalismo, no se puede menoscabar la *ratio legis*, y no nos lleva tampoco la ley a un formalismo si su fundamento es exacto, pues ello aparte de que supondría caer en la no determinación exacta de lo prohibido, y fijar lo que es, al fijar no sólo lo prohibido, sino el hecho concreto sobre lo que recae la prohibición, obligando a partir de él que es lo esencial y, por eso, es la prueba indudable del hecho, por lo cual, al recoger el *Tatbestand* con precisión y nacer éste del *corpus delicti*, esto es lo exacto.

Si se dice que toda definición debía ser expuesta al final de la materia y, en cierto modo, esto es exacto, no es menos cierto que si todo trabajo, para entenderlo, necesita ser estudiado desde el principio al final, hay algunos que, inicialmente, dado el bagaje cultural del que estudia, van siendo comprendidos en sus primeras páginas, pero en este trabajo de Beling sobre el *Tatbestand*, al que Frosali llama "atormentado *Tatbestand* en la concepción alemana" (y es cierto, en cierto modo, como lo prueba el hecho de que lo han estudiado casi todos los autores y lleva a complicación), no sólo es necesario llegar al final, sino que hay que explicar el principio precisamente después del final. Naturalmente que el principio suele ser siempre la exposición de lo que se va a decir, pero si partimos de que hay que diferenciar el *Tatbestand* de los tipos de delito independientes y, a su vez, de que sólo se entiende el *Tatbestand* estudiando los tipos independientes, no es tan fácil no ya entender el *Tatbestand legal*, sino explicarlo con las vueltas y revueltas que Beling da a través de su concisión.

TIPICIDAD.—TATBESTAND LEGAL Y ANTIJURICIDAD⁷³

A mi juicio, el punto clave a los efectos de la tipicidad está en determinar si ésta se reduce, podíamos decir, al *Tatbestand legal* o se amplía a la antijuricidad según la última expresión de Beling.

Si partimos de que la tipicidad, en cuanto carácter del delito, es la correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracción (y entendemos que la imagen rectora es el *Tatbestand legal*), no hay duda de que aquí se concreta tipicidad con *Tatbestand*, cuando se dice la “exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley, en cada caso de infracción”. Esto puede parecer que se refiere al delito completo, pues realmente para distinguirlo sólo tenemos que pensar que el *Tatbestand* se concreta, por la referencia al tipo especial, aun cuando después haya que añadir, para la total calificación del delito, los demás caracteres.

Se dice que la tipicidad no está recogida aquí en principio, siguiendo a Beling, como la totalidad de los elementos del delito.

Para entender esto no podemos pensar que, con fines analíticos en el orden del pensamiento ni en la realidad, pueda plantearse el problema de separar (en este nuevo concepto de la tipicidad) el tipo y lo injusto, desde el momento en que el tipo concreta e indica la antijuricidad y, por tanto, debe hablarse de que el acto es típicamente antijurídico. Ello parte de la última concepción de Beling, cuando define el delito como: “la acción típicamente antijurídica” y “típicamente culpable”, con lo cual, al decirlo así, produce confusión entre tipo y antijuricidad, cuando él plantea el problema de la separación del *Tatbestand* con la antijuricidad, y resultará evidente que, o consideramos la tipicidad o el tipo legal como *Tatbestand legal* (es decir “muerte de un hombre” sin más, y sobre el que han de recaer todas las valoraciones) o añadimos (y ya dentro de la tipicidad, o como tipicidad) la valoración de antijuricidad “típicamente” recogida en los preceptos del Código. Si ello es así, queda claro que el “sucedido” (aun cuando sea producido por la acción de un hombre) puede estar típicamente encajado en el tipo de la parte especial y no ser antijurídico, porque para ello hay que ir a la parte general. Yo digo, y repito, que para entender el *Tatbestand legal* (precisamente en la referencia que Beling hace, en cuanto a *Tatbestand* general y especial, que se corresponde, exactamente con la idea de

⁷³ Sobre este problema es interesante lo expuesto por BETTIOL: *Diritto Penale*. Padova, 1962.

delito) es preciso recogerlo de la parte especial en su relación con la parte general, que es lo que nos determina absolutamente todo. Si a esto añadimos que el *Tatbestand* no se determina por sí mismo, sino que hay que ir a los distintos tipos de la parte especial y, a su vez, éstos, para que queden perfilados, tienen que recurrir a la parte general, la cosa es evidente, ya que resulta probado que dos cosas iguales a una tercera son iguales entre sí; naturalmente en cuanto a su especificación.

Ello se aclara aún mejor si en la discusión sostenida sobre si la tipicidad es *ratio essendi* o *ratio cognoscendi* de la antijuricidad aceptamos, por el momento, que sea, o que tenga, carácter indiciario de lo injusto.

Cuando se dice que la tipicidad tiene carácter indiciario de la antijuricidad no se quiere decir otra cosa que lo expuesto anteriormente, o sea, que la totalidad del delito tiene que ser hecha en un análisis total del mismo, valga la redundancia, de referencia de los tipos de la parte especial a la parte general. Igual que hemos dicho de *Tatbestand* especial y general.

Para entenderlo mejor, hemos de fijarnos de que el *Tatbestand legal*, en principio, no es el *Tatbestand legal* en referencia al hecho acaecido, sino que, simplemente, también tiene carácter indiciario si el sucedido lo tomamos en "montón" de todos los sucedidos de la vida, para mediante pruebas demostrar que ya está dentro de un *Tatbestand legal*. En este sentido, el *Tatbestand legal*, como regulador (y precisamente por serlo) también tiene carácter indiciario de que un *Tatbestand*, como sucedido, va a encajar en el *Tatbestand legal*. Si se piensa que el primer elemento constitutivo del delito no es el *Tatbestand legal*, sino la acción que se ajusta a ese *Tatbestand*, resulta evidente que, siendo el *Tatbestand* regulativo, no es la esencia del delito, sino la razón de conocer la esencia cobijada bajo la forma legal, como forma de conocer la esencia, pero muy concreta.

Si, después de esto, sabemos que aún hay que dar la valoración de antijurídico, pero una antijuricidad tipificada, la correspondencia con lo anteriormente dicho, es evidente, pero también vamos a ver la separación con los mismos argumentos. En primer lugar, ni se trata de unas normas de cultura, aun cuando la antijuricidad nazca de éstas, ni de una antijuricidad amplia correspondiente a todo el Derecho, sino estrictamente lo que el Código Penal determina, en su totalidad, como antijurídico. Se caracteriza en el principio de legalidad y, por tanto, se concreta que la acción ha de ser antijurídica con arreglo a la valoración que de un sucedido se dé, en la ley, como tal antijuricidad.

La extracción que, a su vez, es abstracción de una antijuricidad amplia a una antijuricidad estrictamente jurídico penal, se corresponde exactamente con aquélla y, a su vez, es abstracción también del *Tatbestand* sin el calificativo de legal, simplemente como "sucedido" de lo que ya queda delimitado como *Tatbestand legal*, en expresión de Beling, "como hecho a calificar". Pero esto se refiere, naturalmente, a que el sucedido sea producto, o producido, por la voluntad humana sin entrar, por el momento, en otras valoraciones respecto de si fue o no antijurídico o culpable, aun cuando, como es natural, de todo sucedido y producido por la acción del hombre (en la medida que es recogida por el Derecho Penal) se presupone, no digamos ya, un delito, sino una antijuricidad, en principio, y por eso, lo que hay que probar es no solamente el hecho o sucedido, como producido por el hombre, sino si además es antijurídico.

Si no hay antijuricidad penal sin tipicidad penal, pero ésta debe recoger la esencia de aquella en un sentido de formalización (pero de forma sustancial), no hay duda de que nada tiene que ver el que la tipicidad sea "indicio" de la antijuricidad con el probar que el hecho o acaecido es antijurídico, pues son dos cosas distintas.

Unir antijuricidad y tipo no dice nada en contra de que la acción sea típica con arreglo, en principio, al *Tatbestand* y que después sea, o no, antijurídica.

Parece plantearse en esta unión o soldadura que al recoger la ley penal el tipo exacto de lo antijurídico, como dogma, no recoge exactamente (como dogma también) la culpabilidad. Y ello no es cierto, pues si también se dice que la acción, además de ser típicamente antijurídica, ha de ser típicamente culpable, pero se dice igualmente que la antijuricidad ha de ser probada, pareciendo (y simplemente en apariencia) que la antijuricidad es más precisa, no deja, por ello, de escaparse al dogma científico la antijuricidad del caso concreto si necesita ser probada. El hecho no es simple hecho, sino que tiene que ser antijurídico. Pero si lo que hay que probar es la relación causal, en cuanto producida por el propio autor del hecho, esta prueba científica es la misma en cuanto al hecho que en cuanto a la prueba de la imputabilidad o capacidad del autor. Entonces se verá el encaje del hecho real, probado, con la tipificación antijurídica del mismo, de igual modo que se verá una culpabilidad, probada como dogma científico, para encajar en la culpabilidad legal o voluntariedad.

Para entenderlo, hemos de partir de que el tipo, en lo referente al *Tatbestand*, inicialmente tiene el mismo contenido para lo antijurídico que para lo justo y para la culpabilidad en sus formas de

dolo y culpa; yo añadiría, y aún para el caso de que no existan ninguno de los dos. Entonces se ve claro que pueden separarse perfectamente y con toda claridad.

Precisamente, al tratar este punto de culpabilidad, se puede relacionar con el tipo delincente en la forma que nosotros hemos dicho.

Concretándonos a que la tipificación es esencial a la antijuricidad, lo que, como hemos dicho anteriormente, nadie discute, no pueden llegarse a diferenciar norma y ley, precisamente a base de la esencia, asegurando que la ley describe y la norma valora, pues sea *ratio essendi* o *ratio cognoscendi* la tipificación, lo cierto es que también describe, si se quiere, pero, a su vez y, por ello, la ley valora los casos en que no hay antijuricidad.

Puede producir confusión la idea de que, al constituirse la tipicidad como independiente de los demás caracteres del delito, el *Tatbestand* sea la suma de todos los caracteres o elementos del delito en su contenido de acción. Vista la necesidad recíproca para averiguar el *Tatbestand* de ir a la parte especial de los Códigos, así puede parecer, a simple vista, pero no lo es y sí sólo es el punto de unión de todos los caracteres. Por ello puede separarse la idea de *Tatbestand* y su realidad, de los demás caracteres, precisamente en la prueba de que habiendo tipo de la parte especial no hubo antijuricidad tipificada, e incluso pudiendo haber ésta no hubo culpabilidad. Para entenderlo, como sabemos que el contenido del *Tatbestand* es la acción (de la cual se predica incluso el *Tatbestand* • su ajuste al *Tatbestand*) tenemos que darnos cuenta de que, también, dicha acción puede llenar o no como contenido la antijuricidad, como puede llenar, o no, la culpabilidad, aun siendo típica inicial en un *Tatbestand*. La separación es evidente.

Hemos de fijarnos siempre en que el *Tatbestand* se precisa a partir de lo externo y que, por tanto, nada importan, de momento, los elementos subjetivos, lo que no entorpece para nada el problema de lo objetivo.

Si para Beling la tipicidad define y perfila los tipos y, como muy acertadamente dice, se pueden distinguir la tipicidad de la antijuricidad y de la culpabilidad, y hasta de la acción (y ello es evidente, puesto que, efectivamente, ésta es el sustrato donde descansa el acontecimiento histórico o sucedido, como ya tenemos demostrado), resultará evidente que, al tipificar lo antijurídico, el *Tatbestand*, conceptualmente y en su realidad de acción, sea el núcleo que ligue los distintos caracteres sin más problemas.

Cuando se dice —por Beling— que el *Tatbestand* constituye por sí solo un factor a seguir en el examen de las cuestiones que la subunción presenta —según él— porque los elementos del concepto teórico del delito se hallan en gradación, la palabra “sólo” como absoluto, relacionada con la idea del factor no explica nada si se piensa, además, que el *Tatbestand* es relativo funcional —como dice anteriormente dicho autor—, cuando en realidad se trata de probar las especulaciones a través de un método científico. Por ello, hay que partir del sucedido amplio como hecho, como objetividad; y la realización de lo adecuado, como conducta externa, o referido, no es otra cosa precisamente que la adecuación de los medios probatorios en su realidad fáctica, tanto en su consumación como en su referencia.

Esto es —lo que decimos— tener sentido, pues aquí lo que se busca es el sentido, en relación con el ser, de una forma existencial.

Por ello la separación del tipo concretando el *Tatbestand* y la antijuricidad es tan evidente que, por posiciones de incluyentes y excluyentes, se puede ver lo antijurídico y lo jurídico, también definido en el Código.

Igual puede decirse en cuanto a la culpabilidad y, por eso, la separación se ve clara cuando se asegura que el tipo tiene igual contenido para la antijuricidad y la culpabilidad en lo referente a la primera parte de la acción adaptada al *Tatbestand*.

Se ve también el problema concursal y la necesidad del *Tatbestand* para precisarlo, pues de lo contrario, seguimos insistiendo, no podría probarse el sentido del Derecho Penal. Ese *Tatbestand* común de que tanto se habla a veces para dos clases de delitos (pero que es necesario esclarecer) puede verse no sólo en la diferencia entre robo y hurto, sino también por ejemplo, en el robo con homicidio, para esclarecer no sólo el concurso, sino la coautoría y complicidad. Pensemos igualmente en el hurto entre próximos parientes como excusa absolutoria. Y consideremos, en este sentido, que dada la necesidad de probar, en caso de hurto o robo, sin violencia, entre próximos parientes la “preexistencia de la cosa”, que además sea del próximo pariente. Aquí no sólo se perfila cómo la penalidad determina la antijuricidad, sino también cómo la antijuricidad, en el Derecho Penal, ha de ser concreta, o sea, especificada en los artículos del mismo; y así vemos cómo el artículo correspondiente del Código Penal español, esto es, el 564, excluye de pena a los próximos parientes que especifica, y en la medida en que lo especifica, no obstante, sigue habiendo una antijuricidad civil, pues taxati-

vamente dice "están exentos de responsabilidad criminal y sujetos solamente a la civil...".

Se ve claro que, en la prueba de preexistencia de la cosa, está especificado el tipo como *Tatbestand* y luego viene todo lo demás. Tan clara se ve la diferencia con la antijuricidad (aun cuando lo primero sea base y enlace para determinar lo posterior) que, no obstante hay una antijuricidad civil, con lo cual el *Tatbestand* ya está delimitado perfectamente en este tipo, y valorando antijurídicamente en otro campo distinto del penal.

ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LO INJUSTO

Queremos recordar aquí que estos elementos han sido tratados en otra parte de este trabajo, pero es necesario insistir sobre ellos de un modo más concreto para mayor precisión.

En el caso concreto del hurto y robo entre próximos parientes, no solamente en el posible error creyendo el pariente que vive con otro pariente que coge una cosa suya, cuando no lo es (y la idea de ánimo de lucro llamado "elemento subjetivo de lo injusto", que aquí se ve con una gran precisión, como ocurre en relación con lo expuesto anteriormente entre antijurídico y *Tatbestand*) sino que tomando la cosa ajena, creyéndola propia, en el caso, v. g., de un hermano en relación con el otro, claramente aparece la voluntariedad y después habría un elemento subjetivo de lo injusto que aquí se ve con gran precisión, como ocurre con lo expuesto anteriormente entre antijuricidad y *Tatbestand* y que debe estudiarse después de la culpabilidad (del mismo modo que ésta es posterior a la antijuricidad o a la objetividad). Esto último se aclara en el sentido de que el elemento subjetivo está detrás de la voluntariedad, partiendo del hecho de tomar la cosa ajena confundiéndola con la propia. Todo ello se ve precisamente, ante la idea del *Tatbestand*, o concepto del *Tatbestand*, y la adecuación al mismo.

Precisamente hacemos unas consideraciones, sobre estos elementos subjetivos de lo injusto, a base de lo leído en la prensa, hace pocos días, sobre un beso dado por un hombre a una mujer contra su voluntad. Es interesante todo cuanto se dice, empezando por una consideración muy atinada sobre la expresión vulgar y corriente de lo que se llama "robar un beso", pues ciertamente "no se roba", sino que "se da", o sea, no se quita, sino que se entrega. Pero en este "dar", naturalmente, como puede ser dar una puñalada, está la lesión del bien jurídico, y aquí se planteó por un Tribunal de Roma el problema que se concretó así: "el beso de un hombre a una mujer como manifestación del instinto sexual". El cronista

asegura que está de acuerdo con la Corte Suprema de Roma y en contra de lo que dice otro cronista, del cual toma los hechos, de que tal apreciación por parte de la Corte de Roma, en el sentido que hemos recogido, es incongruente y, precisamente, lo basa en que el beso "está muy desvalorizado en nuestros días".

Apunta bien el comentarista que también podría orientarse el hecho en el sentido de atentatorio contra las buenas costumbres y en dirección al respeto de la libertad humana y —añade—, muy acertadamente, "si esta libertad merece una defensa, es evidente que no pueda admitirse que contra la libertad de elección se imponga ni un beso en la mano".

Sobre esto se pueden hacer muchas consideraciones, y aquí tenemos el *Tatbestand* del hecho independiente de su valoración posterior. Ciertamente, en principio, el beso de un hombre a una mujer puede tener una dirección sexual, pero es preciso estudiar todas las circunstancias que se dan en el mismo, ya que si el hombre y la mujer son padre e hija, o madre e hijo y hermano de distinto sexo, a nadie, no obstante (salvo en los casos de perversión sexual), se le ocurre pensar que un beso entre ambos familiares pueda ser sexual. La comparación está relacionada con lo dicho anteriormente en relación con el hurto entre próximos parientes, carentes de penalidad, aun con las debidas distancias de uno y otro caso.

El beso, como realidad, es igual en todos los casos, pero hemos hecho una afirmación inicial de que, en caso de besarse padre e hija, no puede admitirse como dirección sexual. Esto es lo normal, pero puede no ser así. Sin que ello esté tipificado en el Código, podría ocurrir, o de hecho puede ocurrir que, pensando en el tipo de incesto del art. 435, hubiese un *Tatbestand* en el caso de un beso, como tipo secundario, posiblemente, de tentativa.

Ni que decir tiene que, dado el hecho con sus posibles intenciones internas, queda indefinido y a calificar, pues (según la nota citada de que puede ser contrario a las buenas costumbres) objetivamente y sin ninguna dirección intencional, podría caer en el art. 431 que dice "el que de cualquier modo ofendiere el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia...".

No es este lugar para extendernos sobre el problema, y hemos de referirnos a uno de nuestros trabajos y, en este caso, al estudio sobre "Fecundación artificial"⁷⁴. En dicho trabajo, recogemos las

⁷⁴ MANUEL SERRANO RODRÍGUEZ: *El problema de la fecundación artificial*. Publicado en el libro homenaje al profesor D. Nicolás Pérez Serrano, otro de mis maestros. Tomo II. Año 1959.

ideas sobre el sentido de escándalo y trascendencia, e igualmente esclarecemos la idea del elemento subjetivo de lo injusto.

También podría enfocarse el problema que tratamos encuadrándolo en el tipo, en el cual el art. 457 de nuestro Código Penal define la injuria en la forma que sigue: "es injuria toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de una persona"; y, entonces, también vemos indefinido el sentido sexual, ese ánimo específico, pero teniendo en cuenta la realidad del hecho, la objetividad y una culpabilidad indiscutible (aun dejando fuera el ánimo como elemento subjetivo de lo injusto, o sea, a dilucidar después de la culpabilidad), no hay duda que podría recogerse en este precepto, y aquí observamos perfectamente una concordancia entre el hecho externo (y objetivo) y una culpabilidad, sin entrar en más, lo cual nos sirve para precisar el *Tatbestand*⁷⁵.

Si —en el caso del ejemplo citado— se tratase de un simple ataque a la libertad personal⁷⁶, recogidas las coacciones en el título correspondiente a los delitos contra la libertad y seguridad, podría encuadrarse, desechando otras direcciones anímicas, en el art. 496 del Código Penal que dice: "el que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe o le compeliere a efectuar lo que no quiera, sea justo o injusto...".

Aparte de que en este "cajón de sastre" de las coacciones cabe, como es natural, este hecho si no se puede demostrar el ánimo específico, sexual, de broma o de chanza (que, en este último caso, podría

Para entender lo que dice Beling sobre los elementos subjetivos de lo injusto hago referencia, en este trabajo mío, a lo deshonesto en sentido objetivo como realización deshonesto, teniendo en cuenta no sólo la intención del que lo realiza, sino la realidad del que lo padece, fijándome, incluso, en la idea de curación como justa realización perfecta con voluntad y lo que detrás de esto puede haber que, a veces, es imposible demostrar. He leído sobre este punto, y en relación con anormalidades de tipo sexual (e incluso en el sentido normal), que han producido perturbación; en un tratamiento médico necesario en el cual el médico orientó imperceptiblemente, en principio, al sujeto pasivo y se llegó a la perversión y al trastorno psíquico. No hay que olvidar que la precisión rectora es compleja, precisamente, al descubrir después la actividad, no siempre fácil de hacerlo.

⁷⁵ La base está en el tipo recíproco indeterminado, pues lo fijo aquí es un "Tatbestand" objetivo partiendo del hecho externo: el beso. Hacemos referencia en este trabajo al "Tatbestand" y la pintura. Precisamente ampliamos esta referencia, en relación con el beso, al cuadro existente en el Museo de Pintura de Leningrado de Jean Honoré Fragonard, "El beso robado". ¿Qué interesante, a los efectos de este análisis, determinar en cada caso, o en cada cuadro que represente un beso (y precisamente por la figura externa, expresiva de lo interno) estos elementos subjetivos de lo injusto?

⁷⁶ Véase este problema en relación con lo expuesto en nuestro citado trabajo sobre *El problema de la fecundación artificial*. Citado.

incluirse en las injurias u otras direcciones de las expuestas), no hay duda de que en el artículo correspondiente a las coacciones puede incluirse, y en el examen del mismo queda muy clara la distinción entre el hecho (en el *Tatbestand legal*), lo antijurídico y lo culpable, pues no hace falta otra cosa que fijarse en el precepto que dice: "sea justo o injusto". Viendo esto así se aprecia con claridad la separación entre *Tatbestand legal* y los demás elementos del delito, porque siguiendo lo que dice Beling, el legislador escoge los tipos del amplio campo de la vida y no sólo ve lo injusto, sino también lo justo, precisamente como incluyente o excluyente. Por eso el *Tatbestand* es neutro, y el hecho de besar, planteado como *Tatbestand* resulta, por su carácter neutro, relativo y funcional, porque admite constantes y variables y las consiguientes valoraciones. Fijémonos bien que, cuando hemos comentado el "acaecido", el periodista señala, en relación con el beso, una desvaloración, incluso en relación con las buenas costumbres. No obstante resulta evidente que es valorado de otro modo, si llega el caso y no en referencia al instinto sexual, sino simplemente, a un ataque contra la libertad.

Por eso es cierto —como dice Beling— que el concepto de *Tatbestand* es un concepto troncal jurídico penal, del cual irradia la totalidad de los restantes conceptos jurídicos, y en él no hay resultado concreto definitivo sin acudir a la parte especial.

Por ello, el *Tatbestand* nace del *corpus delicti*, y naciendo del *corpus delicti*, como concepto (pero con base en aquél), es un concepto vacío, delimitado por la calificación de "legal"; es hipótesis a resolver, siendo regulativo y funcional, al trabajar sobre la "masa total" la cual tiene que resolver a base de la parte especial, donde encaja, como hemos demostrado claramente en el ejemplo anterior.

El *Tatbestand* es un hecho a probar, cuando se plantea o resuelve la teoría general, naturalmente, con los tipos de la parte especial, partiendo del concepto del propio *Tatbestand*, recogiendo el hecho concreto de la vida; por eso se dice que todas las teorías sobre el delito se hacen plásticas a través de él, precisamente, por el concepto teórico del delito, como lo es el *Tatbestand* como hipótesis, si bien ha salido de la experiencia o del *corpus delicti* y a probar científicamente por la experiencia.

Esta idea de plasticidad nos vuelve a recordar la idea de materia y forma, que es lo que se resuelve en el análisis del *Tatbestand*, materia que puede encajar en la forma.

La escultura se entiende como arte plástica y es el arte de representar objetos y expresar ideas por medio de formas orgánicas dadas a la materia en sus tres dimensiones.

Refiriéndonos concretamente a la estatua, se le da distintas calificaciones, y así se dice que es "propia" o "en pie", "sedente" o "sentada" y "yacente" o "echada".

Antes de hacer unas aclaraciones completas sobre el arte y el *Tatbestand*, para entendernos, observemos que cuando se pide un dictamen pericial y éste se da sobre el caso de un asesinado u homicidio, por ejemplo, se hace la descripción por el perito de que la víctima estaba en decúbito supino o decúbito prono. Podríamos hacer una extensión, en relación con el estado yacente de una persona, comparándola con la estatua y en relación con la expresión y el concepto de violación en el Código, problema resuelto, en este sentido, en mi citado trabajo, sobre *Inseminación artificial*. Un inciso que me permito hacer aquí es, que, ateniéndonos a la letra, y al auténtico sentido del "yacer" (en el sentido de "yacente" o "estar echado"), el dogma legal nos impediría considerar como violación el caso en que la mujer no estuviese "echada", y esto no es así, porque "yacer" tiene otro sentido, en figura de dicción, por extensión a un concepto normal del acto para su mejor perfección.

También se habla de la estatua "orante" o "de rodillas", y yo os podría llevar a que, del mismo modo, cuando se hace un dictamen pericial y la víctima aparece en actitud "orante", también se señala así⁷⁷.

⁷⁷ Sobre estos puntos, y con extensión a la pintura, tengo trabajos inéditos, entre otros, uno sobre la Gioconda y cuyo contenido conoce el profesor Royo Villanova, porque partí de un artículo suyo sobre esta obra pictórica y saqué consecuencias de tipo penal para el "Tatbestand", precisamente por su estudio científico. Igualmente he realizado otro estudio sobre las debatidas piernas de San Sebastián de El Greco para fijar el "Tatbestand" en relación con dicho cuadro, en cuanto a su complemento mutuo, por la mutilación.

Todo ello nos lleva a concretar la idea de plasticidad de la que habla Beling.

Llevado de la misma idea pensé, en relación al arte, en el "pop art", posición que surge después del arte abstracto. No vamos a entrar ahora en detalles sobre este problema tan debatido y que puede concretarse en las palabras de uno de sus cultivadores. Dice así Rauschenberg: "yo quiero que la pintura se asemeje a algo que existe, por eso creo que un cuadro está mucho más cerca del mundo real cuando está hecho con las mismas cosas del mundo real".

Quizá no haya mejor expresión que la de este artista para comprender lo que sea el *Tatbestand*, después de todo lo dicho.

El toreo, como arte plástico, tiene también su realidad para aclarar el *Tatbestand*. Se emplea constantemente, en toreo, la palabra "vaciar", principalmente, en la suerte suprema, aun cuando en otros lances (y prácticamente siempre), salvo en la forma de picar actualmente, el toreo es "vaciar" al toro dentro de unas reglas que se llevan a cabo, también plásticamente, por medio de la capa o de la muleta muy concretamente.

Creo que después de todo lo expuesto se habrá visto la relación entre *Tatbestand* e injusto, entre adecuación al *Tatbestand* y anti-juricidad como el mismo Beling quiere.

Pero hemos resaltado, en todo ello, cómo todos los elementos del tipo son normativos (a pesar de lo que quiera decir Beling y otros autores), pues de lo contrario sería imposible aplicar cualquier concepto científico a la averiguación del hecho, teniendo en cuenta que toda ciencia se somete a normas y establece sus normas. Precisamente, por ello, se aclara que el *Tatbestand* no es un tipo de injusto, porque normativamente puede separarse el hecho del Derecho, aun cuando éste cobije a aquél con relación a una prueba evidente. Si esto es así, puede decirse que el *Tatbestand* caracteriza la conducta externa, y este sentido externo es lo objetivo a ver y lo objetivo a demostrar científicamente, con la realidad de la norma científica. Por lo cual la conducta externa llena el *Tatbestand*, o no lo llena, y así —dice Beling— si el *Tatbestand* se toma “vacío” deja de estar alojado en la parte objetiva del acto. ¿Cómo vamos a hablar de objetivo sin la idea de norma?

Que ello es así se expresa en las palabras de Beling: “el *Tatbestand* significa únicamente un carácter de conducta y no la conducta misma correspondiente a él”; y —añade— “que este carácter puede ser pensado en relaciones distintas de una conducta: animal, rayo, etc.”.

Queda aclarado el problema de lo interno, como no correspondiente al *Tatbestand*, en lo que ya hemos dicho sobre los elementos subjetivos y, además, en lo estudiado en relación con la parte externa del acto, como algo metodológico en relación con las ciencias penales. También queda aclarado que lo injusto no radica en la voluntad, o sea, en la culpabilidad, lo cual supondría confundirlo e implica un retroceso (lo que ya está explicado), tomarlo todo en “montón”.

DISTINCIÓN ENTRE CULPABILIDAD Y ANTIJURICIDAD

Hay un problema difícil de resolver, que también plantea Beling, y que puede estar en la conciencia, no ya vulgar, sino científica del hombre culto de que para que haya un injusto se necesita además una voluntad del hombre, es decir, una culpabilidad, confundiéndose lo injusto con lo culpable cuando esta culpabilidad es preciso analizarla después de la consideración de que el hecho o acaecido sea un injusto.

Muchos de los fracasos del toreo se achacan a no haber sabido “vaciar” a tiempo.

Para entenderlo tenemos que recurrir a la idea de "enajenado" o "anormal", y "enfermo mental fronterizo", así como a la idea de daño e injusto.

Si pensamos que daño es igual a injusto, o sea, que se identifican en toda su amplitud, vamos a ver con claridad que una persona puede causar un daño sin culpa alguna por su parte, o sea, sin intención y sin negligencia en su actividad y, por tanto, puede haber injusto sin culpabilidad, lo que, en cierto modo, parece extraño. Pero no hay duda de que objetivamente el daño es una lesión al que la padece y, naturalmente, aun cuando el autor de tal efecto no quisiera producirse. Si esto lo estimamos como auténtico caso fortuito, aun descontando que la culpa, en el sentido más estricto de culpa o negligencia, fue debida a la víctima, realmente es muy difícil decir que se trata de injusto, pues se corresponde casi, o sin casi, por ejemplo, con la muerte de una persona producida por el rayo. Sólo la entrada de una actividad humana como condición, o con causa, en la producción del resultado, puede hacernos pensar en un sentido de injusto unido a la culpabilidad, que, como puede verse no existe. Pero lo mismo que personalizamos fuerzas naturales, idea primitiva, para entenderlo (por extensión a cuanto queremos decir), muchas veces lo expresamos de este modo, cuando un individuo muere por el rayo o por muerte natural, "qué injusta es la vida"; "qué injusto es Dios". Ruego se me permita esta expresión que está muy lejos de tener un doble sentido, sino, antes al contrario, de ver el orden puesto por Dios en las cosas y el concepto de libertad en el mundo, sin perjuicio de someternos a la voluntad de la Providencia sin entrar en sus razones, que no pueden ser nuestras.

Si la palabra "daño" la identificamos con "injusto", no hay duda de que la objetividad de lo "injusto", sin entrar en la culpabilidad, se ve clara. Yo creo que todo caso fortuito, por serlo, aun refiriéndose a una actividad del hombre, que puede ser tomada como condición, no es injusto, aun cuando haya problema de resarcimiento, en algún caso, en el orden civil; con lo cual se ve, y se aclara, la antijuricidad amplia y estricta del Derecho Penal. Se plantea el problema de excluir estos casos por falta de culpabilidad y, por tanto, inicialmente se considera como injusto. Creo que (aparte de verse claro cuanto nosotros planteamos), lo que ocurre es que el Derecho supone un problema de matiz y, a veces, se pasa de una cosa a otra de un modo imperceptible, siendo preciso considerar el hecho como totalidad.

Dejemos, pues, sentada la identificación de "daño" con "injusto" y quedará claro, en cierto modo, para entenderlo.

Donde se ve con mayor precisión la diferencia entre injusto y culpabilidad es cuando el hecho es cometido por un enajenado, un loco o un anormal completo. Naturalmente que el que una persona mate a otra sin razón ni motivo, no deja de ser injusto. Precisamente la falta de motivación y de historia, en la actividad de un hombre, es lo que caracteriza su anormalidad. No queremos entrar aquí en el examen del crimen sin motivo del hombre "normal?" ya que si le consideramos así, como "normal", desde luego indica mayor perversidad.

Naturalmente, en principio, si el loco mata, y quiere matar, hay una culpabilidad, pero si entendemos que ésta se corresponde con la voluntad y esta voluntad tiene que ser libre, entonces, ni en el esquema médico ni, por tanto, psiquiátrico o psicológico, ni en el esquema jurídico (que recoge el contenido médico), puede hablarse de culpabilidad jurídico-penal y, por tanto, si ciertamente ha sido injusto el acto (porque no responde a caso fortuito), este hombre, por ser anormal determina una diferencia clara entre el injusto y lo culpable.

Que esto es así, nos lo demuestra el que descartada la injusticia del acto, cuando voluntariamente, y en conciencia, se quiere matar a una persona o cometer un delito, en general, es suficiente para estimar la culpabilidad, no ya que haya intención, sino una negligencia en la medida que lo exige la ley en relación con las normas de la vida. Esto si que está ya muy relacionado (y muy confundido), en cierto modo, con lo injusto y culpable, pero no hay duda de que pueden distinguirse, lo que se ve con claridad, precisamente, con la base del *Tatbestand*, o sea, la ignorancia de las circunstancias de hecho pertenecientes a dicho *Tatbestand*: la muerte de un hombre como lesión o daño, fijándonos aquí en daño a la salud y, naturalmente, a la vida, lo que implica una objetividad distinta o idéntica a la voluntad que no quiso o quiso producirla.

Visto esto así, nos damos cuenta de cómo este trabajo, sobre la base de un concepto troncal jurídico penal, nos lleva a poder estudiar, desde distintos puntos de vista (enlazados con este tronco), cuantos problemas queramos de Derecho Penal y, sin repeticiones, aun cuando estén relacionados. Por ello podemos estudiar, relacionados con él, los "enfermos mentales fronterizos" (en relación a la tesis de Tibaldi) y el problema de lo normativo y psicológico (en relación con el Padre Pereda) y, a su vez, hacer un trabajo autónomo para este discurso. Lo normativo, correspondiente a la norma, como posición objetiva y correspondiente a lo antijurídico como objetividad, no deja de entroncarse con la culpabilidad en su aspecto psico-

lógico normativo y en la idea de enfermo mental (en el mismo sentido), en cuanto, dejando de ser normal, no está objetivizado normalmente con arreglo al canon del hombre normal y, a su vez, como consecuencia, no puede entender la norma.

ENFERMEDAD MENTAL.—LO MORFOLÓGICO.—IMPUTABILIDAD

Después de lo dicho anteriormente, y lo expuesto en otra parte de este trabajo, en relación con la tesis de Tibaldi sobre "Enfermos mentales fronterizos", y partiendo de lo dicho por el autor en la citada tesis acerca de una culpabilidad disminuida basada, con muy buen acuerdo, en la imputabilidad del autor del hecho delictuoso, vamos a hacer unas consideraciones⁷⁸.

Después de lo cual, podemos sentar varias conclusiones en relación con las enfermedades mentales y lo morfológico.

Se dice que si quisiésemos establecer un concepto estrictamente científico de lo que sea una psicosis (como base para determinar con certeza una enfermedad mental), tendríamos que partir de la base de lo somático como probable, o sea, alteración somática, o con base somática, lo que, en cierto modo y ampliando, corresponde a malformaciones. Siempre que se habla de enfermedades probadas, en lo somático, se coloca entre comillas la palabra "morboso"; ello quiere decir que aquellas otras enfermedades en que la base somática se postula, pero no está demostrado, son también morbosas, precisamente, porque se supone que ello es debido a una alteración somática.

A base de la Anatomía Patológica se precisaron las causas anatómicas en lo descubierto en relación con la enfermedad y, por ello, se habló de enfermedades orgánicas. Pero después se habló también,

⁷⁸ Aparte de tomar como base dicha tesis, hemos manejado varios libros sobre psiquiatría y enfermedades mentales y, concretamente, sobre las psicopatías. Hemos partido de Tibaldi, porque creemos que hace un estudio muy sistemático y con buenas consideraciones, y creemos igualmente que a estos estudiosos jóvenes hay que citarles cuando dan base para ello, al objeto de dar relieve a su valor y a su vez darles aliento, y mucho más en este caso como sabemos de sus renuncias para seguir exclusivamente por el camino del estudio.

En la ampliación que me propongo de este trabajo haré las citas correspondientes en apoyo de mi punto de vista. El límite de este discurso, y lo resumido, dentro de la extensión obligada y en contra de mi voluntad, me impide recogerlo aquí. Pero queremos hacer constar también que las referencias a Tibaldi que (como digo en otro lugar) me ha pedido el prólogo de su tesis, van dadas, además de con la intención dicha, a evitar en el prólogo un desmedido estudio de su trabajo para dejarlo a la consideración de quienes lo lean, indicándose, por tanto, en este discurso el valor de su obra en las referencias a la misma.

y como contrapuestas, de "enfermedades funcionales", porque no se había llegado a descubrir que el efecto de la alteración funcional fuese producida por causas anatómicas, podíamos decir, de malformaciones.

En cuanto a las enfermedades mentales, en las que aún no se ha descubierto la base orgánica, ocurre hoy exactamente lo mismo, pues si en las alteraciones funcionales se pensó que un día se encontraría la base anatómica, igual se piensa de la enfermedades mentales en que aún no está descubierta dicha base.

Más agudamente estudiado el problema de las enfermedades funcionales que, en principio, no se estimaban como reales, sino como producto de la sugestión, se llegó a la conclusión de que si en algunos casos se descubrían modificaciones estructurales anatómicas que producían disfunción, se vio también, estudiando la enfermedad como proceso (e invirtiendo los términos), que había ocasiones en que la enfermedad empieza con la perturbación de la función y termina con la lesión anatómica. Estoy convencido que este punto, que dio mucha luz a los efectos de no considerar como sugestión la enfermedad funcional, fue base, o debe serlo, para plantearnos el problema de si toda enfermedad mental tiene siempre en principio un fondo somático, o se puede producir la alteración por un proceso inverso.

Naturalmente que estoy jugando con conceptos médicos, de los cuales no tengo precisión, y posiblemente haya errores y equivocaciones, pero he de interpretar, como jurista, su fondo científico, no muy claro en cuanto a enfermedades mentales y, por tanto, debo ir por este camino. Pienso mucho, no sólo en lo que dice la patología psicósomática, sino lo que puede descubrirse a través de la realidad del hombre y de la duda. No partiría yo de una diferencia tan clara de lo que se ha dado en decir "diferencia entre la medicina y la veterinaria", principalmente basándome en un artículo que leí hace años, sobre las experiencias en un gato. Decía cómo dando a un gato el mismo alimento, preparado en condiciones óptimas para su alimentación, observado con Rayos X y, naturalmente, previamente teñido el alimento, si se le dejaba tranquilo su digestión era perfecta, en cambio, poniendo al lado (en la segunda experiencia) un gramófono con el ladrido de un perro, el mismo alimento parecía que dentro del estómago del gato se convertía en verdaderas bolas de piedra. Hace tiempo que lo leí y no recuerdo, exactamente, con toda precisión, el relato. Con las debidas distancias, y aun sabiendo que el animal está siempre en estado de alerta (precisamente para

su conservación y en la lucha por la vida), teniendo a su alcance varios medios, y entre ellos la huida, la imposibilidad de ésta, y la permanencia de una agresión psíquica, nos llevaría a una consideración exacta por correlación, no ya de una enfermedad funcional, sino incluso de una alteración en su psiquismo, o en sus centros superiores. Pensar que la soledad o apartamiento de un animal de sus crías, no solamente puede llegar a producir una alteración psíquica, sino la muerte. Y pensar en una serie de experimentos que se han hecho con animales en este sentido.

Freud estudió este problema en las neurosis e histerias y observó las perturbaciones funcionales somáticas como consecuencia de conflictos anímicos y naturalmente ello establecía la relación entre lo somático y lo anímico.

Sin entrar ahora en otras consideraciones, esta dirección nos puede presentar también el fundamento, diferencia y, a su vez, unidad del concepto de enfermedad desde el punto de vista de ciencia natural y desde el punto de vista de enfermedad, como un concepto social en los términos en que debe presentarse. No en el sentido de que un hombre normal sea asocial, o de que un hombre anormal sea social en la medida en que no produzca perturbaciones. Reduciéndonos a las psicopatías, como posición intermedia, hemos considerado que hay psicópatas que no lesionan y otros que sí, y se dice que "anormales que pueden perturbar en un clima determinado (en un clima social nos referimos) pueden no ser perturbadores si el clima les es propicio en relación con su personalidad anómala".

Pero no se trata de esto. Lo que yo quiero demostrar, o preguntar, es otra cosa. Se trata de si el hombre normal, o anómalo en el sentido de las psicopatías (que es capaz de comprender sus actos), puede ser alterado por lo social hasta el extremo de que dada su personalidad normal, llegue a la auténtica enfermedad con lesión anatómica, a través de lo funcional. Y si el psicópata que, como en toda anormalidad presupone algo somático, por una adición de fuerzas externas se altera más profundamente su "soma" hasta llegar a la completa inimputabilidad. Porque no olvidemos que, para precisar la cuestión, no puede hablarse de una simple causa, sino de causas y condiciones. Si hay enfermedades mentales cuya alteración somática se desconoce pero se presupone y, a su vez, se estima que en el retroceso de lo psíquico a lo funcional, y de lo funcional a lo somático, puede alterarse esto último, naturalmente, tenemos que pensar que si esto puede darse en un hombre normal, más podrá darse en aquel en el que inicialmente se presupone una alteración somática, aun cuando no se haya podido demostrar.

Todo ello no supone que, aun cuando las causas sociales que le afectan sean justas o injustas, la sociedad no tome sus medidas, naturalmente, con la consideración hacia los factores sociales productores del delito, o coadyuvantes, no sólo en la medida que Ferri lo estudiara, sino en el sentido de una carencia de talentos, como el bien social en relación con el autor.

Al llegar a este punto podríamos hacer una consideración en relación con lo que dice Tibaldi sobre si el concepto de enfermedad es científico natural y el de delito un concepto social. Creemos que, en relación con lo expuesto, es donde puede darse la armonía, unión y diferencias, pues una cosa es estar enfermo de verdad, por las causas que sean y otra cosa decir que, para que haya delito, el hombre tiene que estar en pleno estado de capacidad, que es cosa distinta.

No se trata del éxito o el fracaso de la vida, por fuerzas externas o sociales, sino de si éstas han producido, en el hombre, una alteración tan profunda que realmente llegue a estar enfermo o sea imputable (a los efectos jurídicos), o tenga una imputabilidad disminuida, ya con base en la enfermedad y completada por un choque psíquico.

Nosotros tenemos hecha una consideración, a base de las ideas de Schneider, cuando dice "tiene sentido, por ejemplo, el pensar que una constitución somática determinada es la causa de las personalidades anormales. Carecería en todo caso de sentido, a nuestro juicio, el buscar por ejemplo en lo somático la causa de la desesperación con la que un sujeto reacciona una vivencia. Mas cabe también imaginar que al motivo psíquico de una depresión reactiva corresponde un "algo" en lo corporal. Por tanto, también pueden admitirse estados de cosas de índole somático a la izquierda del grupo primero. Mas entonces, deberían ser concebidos como variaciones morfológicas, o funcionales, y no como enfermedades, lo cual no difiere, en el fondo, de lo que sucede con aquellos fenómenos corporales que corresponden a la vida psíquica normal".

Para tener idea, y concretar en cuanto a la expresión de que "pueden admitirse estados de cosas de índole somática a la izquierda del grupo primero", no hay más que ver la diferencia entre las anomalías del modo de ser psíquico, sin haberse demostrado el fondo somático, o sea, sin demostración etiológica o somatológica, o bien, la demostración clara de que una anormalidad responde a un fondo somático. Es decir, en el primer caso es una teoría sintomática la que hace presuponer, por el momento no demostrada, que hay un fondo corpóreo alterado.

He leído precisamente en Dorado Montero, cómo dice aproximadamente "que un peral no puede dar manzanas". Si pensamos en la frase "por sus obras los conoceréis", o mejor dicho, "por sus frutos", esto no quiere decir otra cosa que la realización externa de una conducta que es la manifestación de una personalidad, en el amplio sentido de normal o anormal, para distinguirlos. Precisamente se habla de que los actos del anormal completo no tienen sentido.

El problema se plantea en la idea dualista cuerpo y alma, aun cuando yo lo considero como unidad, reduciendo los términos al sentido empírico, o sea, como hipótesis de trabajo, y diciendo que, aunque se trabaje así, en nada se refiere a un problema metafísico. No creemos necesario hacer comentarios porque, quienes plantean este problema, dicen que es para entenderse, pues, de lo contrario, tendría que emplearse "un lenguaje muy detallado" y, en cierto sentido, no natural, y por lo cual parten de ese dualismo empírico de uso general.

Tienen, en este aspecto, la misma incertidumbre que admite —repetimos—, como hipótesis de trabajo, la misma inseguridad sobre la prueba o no con base somática, de ciertas anomalías psíquicas.

Para nosotros no hay duda en este aspecto, y así lo hemos recogido en nuestro trabajo sobre "Culpabilidad y pena", cuando decimos: "cuanto mejor es el cuerpo, mejor es el alma que en él se encierra".

No puede negarse, como vemos en líneas anteriores, que en el caso de vivir el sujeto una vivencia no podemos desentendernos de algo corpóreo diciendo que "la causa de una desesperación carece de sentido buscarla en lo somático". Ello nos lleva a un camino distinto de lo que nosotros pensamos, pues aparte de que, tal desesperación, si, por una parte, puede provenir de un dolor físico, no es menos cierto que presentándose una motivación que da sentido a la elección (más no suprime la contingencia) resulta evidente que si, por un lado, hay algo que está y puede vencer lo somático, por otra parte existe lo somático, y es evidente que también cuenta en reciprocidad, porque, en este caso, carecería de sentido lo corporal; y es por lo cual hay algo distinto a ello que debe contar también en orden a un mundo psíquico o anímico. He estudiado este problema, en mi trabajo citado anteriormente, sobre "la idea de la unidad y reciprocidad de cuerpo y alma", o si se quiere, entre lo psíquico y lo corpóreo, posición que podemos admitir, aun en el más puro sentido materialista, si como dice Schneider, al menos lo tenemos que admitir como hipótesis práctica de trabajo. Pues si (ya en expresión

vieja y superada, en un sentido puramente materialista), "donde penetra el escalpelo no se encuentra alma", no puede plantearse, como vemos, en el terreno práctico, ese desentenderse del sentido corporal y anímico recíproco, salvo que exista un contrasentido, y recordamos aquí la frase de nuestro ilustre Marañón en relación con el avance científico, cuando se van encontrando nuevas verdades, pues como él dice "siempre será algo milagroso el sonido de los bronces o el correr de la savia en primavera".

Se señala con mucha insistencia, en relación con las teorías psiquiátricas, el problema de la afectividad, problema tratado por mí ampliamente, basando la culpabilidad, si bien en la total personalidad del sujeto, resaltando lo afectivo, naturalmente, en relación con lo intelectual y volitivo. Planteamos nosotros allí el problema de la moderación de los afectos y tenemos que resaltar que el poder de la afección reside en nosotros y los objetos nos afectan en tanto en cuanto tenemos ese poder de afección.

Lo interesante aquí es la moderación de los afectos y la posibilidad de moderarlos, partiendo de la idea del hombre normal. Difícil es buscar este sentido de normalidad (salvo lo dicho anteriormente) en el hombre de tipo medio, más aún si se compara con enfermedades de tipo somático lo que si, en cierto modo, puede servirnos, no hay duda, de que en la comparación de distintos lugares geográficos, no da exactamente la medida, precisamente, por influencias ambientales.

Como hemos dicho en otra parte claramente se ve aquí lo normativo psicológico en cuanto al afecto y lo que nos afecta, porque tenemos capacidad de afección.

Lo que se plantea aquí, con relación al *Tatbestand*, es la concordancia de lo objetivo con lo subjetivo del acto, precisamente para diferenciar entre injusto y culpable, a base de una incapacidad, cuando el hecho del hombre no tiene sentido, cuando carece de sentido como vulgarmente se dice y, por ello, tenemos que valernos del esquema de enfermedad, a través del *corpus delicti*, como modo de operar del autor para buscar o hallar si el autor era o no imputable. No es que se fije de un modo claro esta imputabilidad pues, naturalmente, después habrá que hacer el análisis del autor, para hallar o probar su culpabilidad, o su menor culpabilidad.

Si decimos que todo esto es científico, no puede admitirse, como dice algún tratadista de psiquiatría, que el concepto de responsabilidad lo ha de decidir el juez, salvo que no sean precisos los informes del médico. Decía el Dr. Piga Pascual, que, y hasta es natural, el concepto del miedo insuperable lo debía dar el médico. Es este

punto, como otros, sobre los que deben ponerse de acuerdo médicos y juristas en relación a la totalidad del dictamen, así como también sobre responsabilidad de los enfermos mentales.

Una cosa es declarar la inimputabilidad del autor y su tratamiento y las medidas a aplicar, naturalmente con sentido humanitario y médico, en relación con el tipo o personalidad del autor, y otra cosa fijar el tipo autor, en su modo de operar, para descubrirle y fijar su culpabilidad, a base de su imputabilidad.

En este sentido, y nada más, es en el que cabe hablar de tipo, de delito y tipo autor en Derecho Penal. Porque, naturalmente, se prueba, o puede probarse, en esa realidad objetiva, que el acto —del autor— es contrario a la corriente de la vida y ciertamente ha correspondido a una subjetividad como personalidad normal, anormal o anómala. Es un *Tatbestand* probatorio de concordancia objetiva con una voluntad, que puede ser ciertamente anormal. Su acto, por carecer de sentido (o con un sentido distinto a lo que estimamos por normal) prueba esa anormalidad o normalidad.

Por ello, en relación con los “enfermos mentales fronterizos”, en los semiinimputables, y aun en los inadaptados, es necesario buscar las causas en su personalidad y en los coadyuvantes sociales; y si pensamos en esa idea de “rector” o *leibild*, como imagen, teniendo en cuenta la ideología de los actos delictuosos, debemos pensar en lo pedagógico y, por tanto, en un sentido de ejemplo, o sea, en el sentido positivo, en esa imagen rectora como expresión o significación de todas las bellezas y cualidades plenas de existencia concreta y real a su paso por este mundo.

Cualquier expresión escultórica tiene una significación, como símbolo, en cuanto a “obrar a imagen y semejanza”, que es cuando una cosa se parece a otra tanto que lleva a la idea de confusión. Esto expresa un concepto moral o intelectual, por semejanza o correspondencia, que el entendimiento percibe entre un concepto y aquella imagen. Quizá quien mejor nos pueda definir el tipo “rector” en un sentido positivo, con las debidas distancias, es la Teología cuando, hablando del prototipo, dice que “es el tipo soberano y eterno que sirve de tipo y modelo al entendimiento y a la voluntad de los hombres”. No creo que pueda expresarse mejor la idea de figura rectora, aun cuando, como se ve, es preciso entrar por la vía de las formas. En tal sentido la idea platónica se completa, buscando el concepto de justicia para que las cosas se ajusten y viendo los modelos correspondientes como objetos en su momento de máxima perfección. Y así, si esto lo vemos en el sentido de bondad y dirección del hombre, para un perfeccionamiento (en cuanto a la idea de

delito tipo), observaremos cómo se llena el contenido de ese *leibild* que, como idea de justicia o injusticia (como la idea de triangularidad), hace que las cosas sean justas o injustas, o que haya cosas triangulares. Creemos que con esta idea platónica (y lo dicho anteriormente de cómo el tipo sirve de modelo al entendimiento y a la voluntad de los hombres), se habría resuelto con claridad el problema del *Tatbestand*.

MATERIA Y FORMA PARA DETERMINAR EL TATBESTAND

No hemos de olvidar el concepto de forma, del que se habla constantemente en lo jurídico, para precisar la idea o concepto que tengamos del *Tatbestand*, ni mucho menos la idea de universal, porque, en fin de cuentas, siendo la forma la expresión exterior que está regulada por normas de validez universal (y que se aplica constantemente, en el sentido legal, para los actos jurídicos), tratándose —como dice Beling, en el caso del *Tatbestand*— de una disposición, o sea, de una demostración, no se trata propiamente de otra cosa que una demostración en forma jurídica y, por ello, cada uno de sus pasos (pasos del proceso), están articulados lógicamente, por lo cual el *Tatbestand*, como concepto lógico, se antepone al concepto de delito al que regula.

Teniendo en cuenta que Beling hace partir el examen del *Tatbestand* de la parte objetiva o exterior, hemos de considerar aquí la diferencia entre forma y figura, estimando esa parte externa como figura y la parte interna como forma, según la expresión o concepción aristotélica, o sea, la llamada forma esencial, o forma substancial.

No hay duda de que partir de lo externo es más fácil y, por tanto, descubrir todo a base de lo morfológico (que diferencia y determina mejor a través de los sentidos externos), nos lleva, por conocimiento del dato, a un punto seguro del que partir. Pero no tenemos que olvidar, que lo interno cuenta imprescindiblemente y, para entenderlo, figura y forma se han de relacionar con "sentido", también en relación con los sentidos externo e interno. A base de éstos, o mejor, del sentido interno, se descubrirá la esencia, es decir, lo que sea el objeto. Esto es pasar de un conocimiento empírico, que sólo ofrece la forma típica aparente, a un conocimiento de la esencia interna que es, auténticamente, su valor.

Con lo dicho sería suficiente para darnos cuenta de que bajo la expresión "forma típica aparente" se encuentra la base para descubrir claramente la esencia del concepto del *Tatbestand*, pues, si bien su estudio obliga a partir del dato externo, como realidad ob-

jetiva (aun cuando, en principio, no haga falta una especificación de la graduación voluntaria), no obstante exige una dirección de la voluntad, a probar, concordante, si no con toda la parte externa, sí, al menos, con esa concordancia exigida de lo voluntario y el círculo reducido de la objetividad precisada en el concepto de *Tatbestand legal* que delimita.

Precisamente muchas de las especies de la ciencia natural (animales, plantas, cuerpos inanimados), son conocidos únicamente en esa parte externa o morfológica que no dice lo que sea la esencia interna. Por eso el concepto de especie se diferencia del concepto de género en que este último no determina la diferencia específica, imprescindible para toda definición, que se concreta ciertamente con el género próximo, pero mejor aún, con la última diferencia. Esta diferenciación específica descubre lo que sea la esencia. Vemos cómo en estos conceptos se precisa la idea de antijuricidad tipificada.

Hemos hablado anteriormente del "sentido", como sentido externo e interno, pero, para precisar mejor, hablaremos, en relación con estos dos conceptos, del "sentido" considerado tanto subjetivamente como objetivamente para entender todo el problema de la forma y de la esencia.

Solamente a base del sentido interno, en el hombre, podemos descubrir el sentido interno de la cosa o forma substancial. El concepto de normativo psicológico se aclara mucho considerando que el vocablo "sentido", tomado objetivamente, supone la correspondencia con el sentido existente en el hombre como cualidad afin —según dice Lotz— a su comprender intelectual, lo que hace al ente accesible o comprensible porque se trata de un sentido teleológico.

La reciprocidad de sentidos externos en cuanto a lo sensible, como conocimiento sensorial al objeto, formas externas o figuras, y la relación, a través de la cosa misma, del sentido interno del hombre y el sentido interno de la cosa, en mutua correspondencia, nos va a aclarar todo, pensando precisamente que, a base de esto último, es sobre lo que pueden cargarse los valores en relación con las ciencias del espíritu determinadas teleológicamente.

No creo que ofrezca mucho obstáculo si, a través de estas consideraciones esquemáticas, hay que pensar detenidamente sobre las mismas, en relación a lo ya dicho, y se comprende perfectamente cómo sobre lo externo (el dato exterior morfológico) se llega a la idea de *Tatbestand*, al descubrimiento del criminal o autor del hecho y a su forma de operar, y cómo el *corpus delicti* es esencial a todo como objetividad externa pero con sentido.

Un paso más y nos planteamos inmediatamente, resolviéndolo, el problema de si la tipicidad es *ratio essendi* o *ratio cognoscendi* de la antijuricidad y, por ello, si las formas jurídicas son formas de las formas o formas de la materia y, a su vez, si, siendo el contenido de la fórmula legal la esencia misma de lo jurídico, vemos las formas jurídicas plasmadas en la ley, simplemente, como formas típicas aparentes, como figuras o parte externa, o las estudiamos como formas sustanciales. Cuando Beling habla "de figuras que establece el legislador", queremos pensar que, inicialmente, se va a referir a las figuras externas, pero lo fundamental es la forma, y si llamamos forma a la parte interna de la figura, y a lo jurídico llamamos formal, esto no es simplemente *verba legis*, sino precisamente la esencia. Y si la figura, como cosa externa, queda delimitada con precisión para verla a través de los sentidos externos, y sólo captamos la forma, que es lo esencial, por nuestro sentido interno, no hay duda de que la tipicidad no sería nada si no correspondiese a una forma interna sustancial.

INDICE

Exposición de motivos... ..	9
Llamada a los científicos de otras ciencias	13
El dogma sobre el imputable. Dogma científico	15
Ciencias Penales y Derecho Penal	17
Psicológico-normativo	22
Juicio... ..	26
Lo metajurídico y las Ciencias Penales, El testigo técnico	29
El método nos lleva a aclarar la dogmática en toda su amplitud ...	37
Vulgarización Jurídico Penal. Noción del delito	41
El corpus delicti. Ser y sentido	47
Tipo autor: su descubrimiento	49
Juicio derivado... ..	52
Lo normativo y el método	54
Caso Lieja. La Talidomida	57
Sentido externo e interno: normativo-psicológico	58
El estudio de las normas jurídicas desde el punto de vista del método llamado jurídico. Lo normativo cultural sale de la naturaleza de la cosa	60
El Tatbestand	67
El escrito de calificación	77
Identificación..	78
El tipo de delito y el Tatbestand	82
Tatbestand general y especial	84
Ente jurídico: entidad... ..	89
El acto y las características que de él se predicen	95
Proceso como prueba del Tatbestand	101
Causalidad	103
Ciencias penales. Método y metajurídico	109
El sentido de los actos. Tipo injusto y Tatbestand legal	116
Consciencia del acto: dolo	119
La tipicidad y su naturaleza	122
Formalismo del Tatbestand. Lo llamado metajurídico demuestra lo contrario, así como la propia expresión de Beling de ser el Tatbestand ordenador metodológico... ..	130
Tipicidad. Tatbestand legal y antijuricidad	132
Elementos subjetivos de lo injusto	137
Distinción entre culpabilidad y antijuricidad	142
Enfermedad mental. Lo morfológico. Imputabilidad	145
Materia y forma para determinar el Tatbestand	152

X640388166

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA



6404232512