

SOBRE LA ESENCIA DEL AUTOR

Erik Wolf

Traducción y Nota preliminar de **José Luis Guzmán Dalbora** Catedrático de Derecho penal y de Introducción a la Filosofía jurídica y moral. Universidad de Valparaíso (Chile)

WOLF, Erik. Sobre la esencia del autor. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2008, núm. 10-r4, p. 1-25. Guzmán Dalbora, traductor. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r4.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 10-r1 (2008), 25 ago]

RESUMEN: El escrito reproduce el discurso inaugural que pronunció Wolf el 12 de noviembre de 1931, al tomar posesión de la cátedra de Derecho penal en Friburgo de Brisgovia, aportación que marca el momento fundacional, en el plano especulativo, del Derecho penal de autor basado en tipos normativos de delincuente, no criminológicos, cual

venía insistiendo hasta ese punto el positivismo italiano y, tras la estela de éste, la Escuela sociológica alemana. Asimismo, Wolf toma partido por la conciencia jurídica del pueblo a la hora de concretar la noción penal de autor. Se trata, por tanto, de un precedente inmediato del derecho penal nacionalsocialista.

PALABRAS CLAVES: Autor, hecho, derecho penal de autor, culpabilidad por el carácter, conciencia jurídica popular.

Fecha de publicación: 25 agosto 2008

NOTA PRELIMINAR DEL TRADUCTOR

Vom Wesen des Täters fue el discurso inaugural que pronunció Wolf el 12 de noviembre de 1931, al tomar posesión de la cátedra de Derecho penal en Friburgo de Brisgovia. Con algunas ampliaciones, lo publicó la editorial Mohr, de Tübinga, en 1932, como el octogésimo séptimo número de la colección «Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart». Aunque no sería el único de los trabajos dedicados al tema por el notable historiador del Derecho y penalista (el otro, un artículo intitulado *Tattypus und Tätertypus*, data de 1936), hay coincidencia en reconocer que esta obra es la que marca el momento fundacional, en el plano especulativo, del Derecho penal de autor basado en tipos normativos de delincuente, no criminológicos, cual venía insistiendo hasta ese punto el positivismo italiano y, tras la estela de éste, la Escuela sociológica alemana. La tipología de autores elaborada aquí, basada en estereotipos sociales e intuiciones extraídas de la filosofía de Husserl y Heidegger, no tuvo un efecto directo en las elucubraciones penales del nacionalsocialismo, pero sí lo consiguió el postulado de convertir la actitud interna decaída o corrupta del delincuente en fulcro de la teoría del delito. De eso, a la concepción del delito como un todo, a entenderlo como traición al pueblo, su «aspecto» subjetivo, como culpabilidad por el carácter o la conducción de la vida, a utilizar la tipología de autores en el papel de recurso interpretativo con que seleccionar a los sujetos pasibles de pena según su

pertenencia a grupos sociales, normativizando los prejuicios de las castas dominantes, y a emplear infamia y exclusión como fines precipuos de la pena, había un breve paso, que no tardarían en dar, durante el obscuro decenio, Mezger, Bockelmann, Dahm y Schaffstein. En el castigo, no de lo que el sujeto hace, sino de lo que él es —la esencia del Derecho penal de autor—, formaba parte de este proyecto teórico la desaparición de la individualidad de la persona. Se trataba de cotejar al justiciable con unas abstracciones políticas revestidas con ropajes de Ética social.

Hay quien califica como moderada la posición de Wolf, máxime si se la compara con las que vendrían poco después (en tal sentido, Calvi, *Tipo criminológico e tipo normativo d'autore*, Cedam, Padova, 1967, cfr. págs. 502 y ss.). Sin embargo, las declaraciones políticas que desliza el presente opúsculo, así como la confesada preferencia de quien lo compuso por la conciencia jurídica popular a la hora de dar un contenido concreto a la noción de autor, confesión que se lee en el trabajo de 1936, bastan para calificar el que ofrecemos al lector hispanohablante como preludio del holocausto de la justicia penal durante el nacionalsocialismo, y para poner de relieve la responsabilidad del científico por las atrocidades a que pueden conducir sus doctrinas.

Fragmentos de Derecho penal de autor quedan aún en los ordenamientos de nuestros días. No falta quien argumenta que en su versión moderada o limitada sería compatible con los principios del Estado de Derecho (así, Gómez Marín, *¿Tiene cabida el Derecho penal de autor en un Estado liberal?*. Prólogo de Santiago Mir Puig. Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, Managua, 2007, cfr. pág. 293), con la aprobación resultante de los conceptos de habitualidad y profesionalidad, la agravación de la pena para el reincidente y la estimación de la conducta anterior y posterior al delito en la aplicación judicial de la pena. Si se tiene en cuenta, además, la arremetida actual de tipos de autor en algunas figuras de la Parte especial, se comprenderá que la amenaza del *Täterstrafrecht* “no debe ser contemplada como un riesgo histórico ya superado por completo, sino como un peligro plenamente vigente a la luz del fenómeno de la expansión del Derecho penal” (Gómez Marín, op. cit., pág. 309). De ahí, en fin, la oportunidad de verter en castellano esta pieza, que ojalá pueda servir como admonición de lo que *no* se debe propugnar en la ciencia ni secundar en las tareas *de lege ferenda*.

La ciencia y el movimiento de reforma del Derecho penal celebran dentro de pocos meses una fecha de digna conmemoración, a saber, el quincuagésimo aniversario del *Programa de Marburgo*.

Era la primavera de 1882. Franz von Liszt, a la sazón de treinta y dos años de edad, recién nombrado catedrático de Derecho penal en Marburgo, estaba de pie ante sus futuros colegas investigadores y demás oyentes, para explicar en un discurso académico inaugural el objetivo de su trabajo científico y su intención político-criminal.

Entonces acuñó las frases siguientes, a menudo citadas y que devendrían famosas: “El hecho es del hechor. Sin embargo, la opinión dominante determina la pena para un hecho sin hechor, lo cual quiere decir que sus penas corresponden al *concepto* de delito, a la *abstracción* que legislador y ciencia formaron a partir de hechos concretos. Ella se pregunta: ¿qué merece el hurto?, en vez de inquirir: ¿qué ha merecido *este* ladrón? Aquel planteamiento es equivocado. No es el concepto el que es castigado, sino el autor”. De estas ideas surgió, en el curso de la charla, un lema que hoy se cuenta entre lo proverbial: *¡Hay que castigar, no el hecho, sino al autor!*

Así, repentinamente, quedó formulado un firme objetivo a los afanes todavía inciertos de la época y se abrió un amplio espacio de acción.

Con esta sentencia de Liszt como emblema, enarbolado en primer o segundo plano según las necesidades, la reforma europea del Derecho penal presentó sus objetivos:

ciencia y praxis, política y opinión pública, permanecieron bajo su hechizo, aplaudiéndolo o rechazándolo, defendiéndolo o combatiéndolo, pero nunca indiferentes hacia él.

Hoy se ha logrado parcialmente dichos objetivos. En parte por la conciencia de la provisionalidad de lo alcanzado, en parte vislumbrando otros logros, los reformadores indicaron y proclamaron nuevos objetivos. Y es que una generación más joven percibe con mayor nitidez la condicionalidad histórica de aquella lucha y experimenta vivamente su anacronismo en la hora actual. Por cierto, la contienda está resuelta. Franz von Liszt venció. El estandarte con la consigna que él dio a sus discípulos como solución promisoría, ondea sobre vastos campos conquistados en la legislación, la jurisprudencia y la ejecución penal. Sin embargo, ahora se levanta la pregunta por el valor de la palma para nosotros hoy en día. El especial trasfondo histórico-espiritual de esa efeméride impone mucho a nuestra mirada escrutadora; sabemos demasiado bien que el concepto lisztiano del autor en el Derecho penal puede ser concebido y tornarse eficaz, con claridad y viveza, sólo según las bases políticas y sociales de vida en que surgió, como para que pudiésemos quedarnos tranquilos con él. Además, la moderna historia espiritual y el saber sociológico nos han enseñado a desconfiar de la pretensión de validez universal de esas bases —o sea, del liberalismo político, el naturalismo devoto y el positivismo científico del siglo diecinueve—.

Ahora bien, ¿no tiene aquella frase, antaño mágica, sobre el autor al que habría que penar en vez de su hecho, algún otro valor y contenido que nos vinculen? Sí y no. Según fue entendida en su época y como muchos la entienden todavía hoy, no. Con arreglo a una interpretación que desvela el contenido de verdad que le es inherente allende la época de su nacimiento y primeros rendimientos, sí. Se trata de asir dicho contenido de verdad. Pues si es el *autor* al que en realidad debe dirigirse la mirada, lo cual significa penar de un modo justo y, al mismo tiempo, útil, entonces *¿quién* es el autor de que se habla aquí? *¿Quién* es realmente aquel al que pretendemos castigar, si ya no ha de interesar el *qué* del hecho? Con la respuesta a esta pregunta queda de manifiesto el sentido, la verdad de esa frase de Franz von Liszt. Sólo ella pone el fundamento de un Derecho penal de autor, y nosotros nos esforzaremos por encontrarla.

El propio Liszt, cuando formuló su frase programática, consideró necesaria la respuesta a tal pregunta. De ahí que la idea central de su conferencia de Marburgo consiste en formar tipos de autor. Para su concepción de éste resulta básica la tesis, que él planteó en 1882, según la cual en todo conocimiento sobre el ser del hombre y, por tanto, también en la explicación de la esencia del autor, tendrían la palabra decisiva las *ciencias naturales*. Desde esta posición desarrolló von Liszt en su *Tratado* el concepto de autor, según dos direcciones. Primero, es autor el causante natural de un resultado delictuoso en el sentido de un suceso fáctico. Esto se establece por medio de una cadena de juicios causales libres de toda valoración. Pero, en segundo lugar, dicho causante del delito es, con arreglo a su esencia, un individuo espiritual, anímica y corpóreamente particular, cuya singularidad resultó en parte de la presión de la disposición primitiva, en parte del influjo del medio social. La Escuela del positivismo criminalista consideró entonces esta peculiaridad natural y social en el hombre como determinante, también en el plano jurídico, para la respuesta a la pregunta de *quién* es este hombre en cuanto

autor. El corolario de tal doctrina fue la regla siguiente: la constitución individual del autor explica el hecho; ella es la causa del delito y, por tanto, tiene que ser la medida de su enjuiciamiento.

Si dicha tesis revelaba ya un pronunciado naturalismo, éste cobró expresión aún más nítida en la exigencia, formulada por von Liszt, de que el autor, en cuanto individuo, tiene que ser entendido únicamente en términos científico-causales, o sea, desde el punto de vista biológico, psicológico y sociológico.

Como consecuencia de esta comprensión, el concepto lisztiano de autor se convirtió en el punto de partida para el desarrollo de las disciplinas empíricas que auxilian a la ciencia del Derecho penal, pero no tuvo repercusión jurídico-dogmática en los años sucesivos. Por cierto, tal efecto era metodológicamente imposible, porque el modo de apreciación científico-natural pasa por alto las cuestiones particulares que plantea el método de las ciencias del espíritu y, por ende, jamás conduce a circunstancias jurídicas en sentido estricto. El propio von Liszt había observado esta dificultad. Él nunca abandonó la rigurosa distinción entre la investigación científico-natural del hombre y la investigación jurídico-conceptual. La «doble vía» metódica es el rasgo característico de su doctrina. Sin embargo, en secreto él permaneció atado al funesto error de creer que el método científico-natural está en condiciones de captar lo *individual* en el autor. Decimos «error», porque toda formación científico-natural de conceptos es generalizadora, no individualizadora. Y decimos «funesto», porque la aplicación de ese método en el terreno de la Jurisprudencia degradó al autor de hombre a materia organizada, desnaturalizándolo en verdad por completo. Desde entonces, el tema del Derecho penal es, en frase de Gentile, “*non il delinquente, ma il corpo del delinquente*”.

Así, el empeño de Liszt en orden a introducir el concepto de autor en la dogmática del Derecho penal produjo el efecto opuesto, o sea, empujó la teoría del autor hacia el campo extrajurídico de la apreciación científico-natural y, con ello, impidió o, por lo menos, retardó durante medio siglo el desarrollo de un genuino Derecho penal de autor.

Sin embargo, dicho esfuerzo, metodológicamente equivocado, de Franz von Liszt por entender al autor en términos científico-naturales, así como la sucesión entusiasta pero falta de crítica de sus discípulos, no pueden maravillarnos, ya que surgen en lógica conexión con la estructura general del pensamiento científico de aquel tiempo, o sea, la época del empirismo y el positivismo. Hoy nos resulta plenamente comprensible cuando dirigimos la mirada hacia las bases en que enraizó esa manera de pensar. Liberalismo político, individualismo ético y naturalismo como religión, son las tres ideologías que tuvieron como efecto el positivismo científico, el atenerse a los hechos de la experiencia ingenua. Fruto del liberalismo fue la idea de un hombre «natural», que se contrapuso como un «otro» al hombre «ético», así como éste vive en sus vínculos morales, públicos y personales; del individualismo, la tesis del poder corpóreo-mental como medida del deber ser físico-espiritual; del naturalismo, la teoría de la determinación biológico-social que constriñe al hombre. Son ideas de la Ilustración tardía que encontraron eco en Franz von Liszt y sus secuaces. Para explicar por entero el curso del suceso espiritual, basta que recordemos cuán estrechamente ligada aparece esta doctrina al *pathos* humanitario y la fe ingenua en el progreso del Iluminismo. Así, pues, el

hombre que Franz von Liszt pretendió haber descubierto en el autor, era el abstracto tipo ideal de «hombre» propio de la ideología del siglo XVIII y la política del siglo XIX. No ya, por cierto, “*l’homme machine*” de Lamettrie y del materialismo francés durante la alta Ilustración, tampoco el hombre sin alma del atlas anatómico, pero sí, en el fondo, el hombre desventurado, la individualidad cualquiera de la novela psicológica y del diagnóstico psicoanalítico.

Es esta concepción del hombre la que no podemos seguir compartiendo hoy. Haber tomado conocimiento de su unicidad histórica nos constriñe a desprender del concepto lisztiano de autor lo que éste tiene de temporal, anacrónico para nosotros, a fin de elaborar los contenidos de un concepto de autor que resulte teóricamente más válido, pero también de actualidad. Si creemos poder aventurarnos en semejante empresa, es sólo porque *tiene* que ser acometida, ya que nuestras bases espirituales son por entero distintas de aquellas de las postrimerías del siglo XIX. Un pensamiento político de Estado social integrado, ocupa el lugar del de Estado liberal de partidos; el individualismo positivista, éticamente indiferente, es suplantado cada vez más por un personalismo fenomenológico, y la época del naturalismo ha cedido plaza a una de normativismo — cuando menos, en una primera fase de intenciones—. Por cierto, todas estas son sólo señales tópicas de lo que contienen amplios movimientos espirituales que a menudo se entrecruzan, pero, como signos o avisos, ellas comunican a la posición fundamental de la Ciencia del Derecho un nuevo espíritu, relativo y conveniente a la generación, un espíritu esencialmente distinto del que animó al siglo XIX.

Con lo cual queda dicho que, para nosotros, tampoco puede tratarse de un regreso a la *posición adversa* que combatió las tesis de Liszt en vida de éste. Ese rival movimiento, encabezado por Binding y Birkmeyer, que más tarde se diluyó durante la llamada «lucha de las escuelas» que protagonizaron las doctrinas penales «clásica» y «moderna», pugna reemprendida en el último tiempo a propósito del precipitado legislativo de las ideas de reforma de la Sociedad penal alemana y la Unión Internacional de Derecho penal, tal contraposición, decíamos, ya no puede ser la nuestra, por cuanto ella procede de las mismas raíces espirituales que impugnamos. Es una disputa de emparentados la que existió entre realismo e idealismo, liberalismo y conservadurismo, y, por tanto, también entre las dos escuelas penales del siglo XIX. Lo común a éstas se denomina *positivismo*. En Liszt y sus discípulos, positivismo naturalista, en Binding y los suyos, positivismo histórico; pero ambas direcciones no lograron ni podían alcanzar la comprensión de la esencia del autor. También los «clásicos» consiguieron erigir un tipo de autor meramente general, jurídico y formal. Por cierto, hay aquí diferencias que no deben ser negadas: en vez del humanitario, resuena en las palabras un *pathos* militante; la creencia ingenua en el progreso es reemplazada por una fe pastoral; en lugar de la claridad ilustrada, la elegancia racionalista y el rigor lógico, esta escuela extendió en torno suyo la obscuridad romántica, la pesadez clasicista y el *ethos* de rigidez formal de la Filosofía del idealismo alemán. Sin embargo, tales divergencias desaparecen cada vez más para nosotros, desde que hemos aprendido a ver, no ya meras creaciones teóricas, sino realidades histórico-ideales. En estas escuelas filosóficas y jurídicas distinguimos sólo la tirantez inmanente a un espíritu secular demasiado extendido en la épo-

ca. Esta antítesis del siglo en palabra se refleja también en el estado de la Ciencia del Derecho penal, aunque, al mismo tiempo, divisamos en ella el retrato de la reunión sintética de esas fuerzas, así como éstas produjeron el pensamiento del positivismo.

Dicho mundo de doble faz no nos pertenece más; estamos obligados a buscar nuevas vías, tanto mediante la experiencia viva como a través de la comprensión científica. Cual conocedoras del sendero, nos guían en ello las ideas con que cobramos conciencia de nuestra nueva actitud, a saber, los conceptos de una doctrina científica de la persona y de una teoría jurídica de los valores. Para lograr desde este punto de vista un concepto teóricamente fundado de autor, nuestra reflexión tiene que despejar, uno en pos de otro, tres estratos de la tarea. La consideración iusfilosófica fundamental nos conduce al conocimiento del concepto más general de autor en el Derecho penal; la investigación dogmática de la ley, la jurisprudencia y el sistema jurídico, nos lleva a la interpretación del concepto de autor en el Derecho vigente y a la estructura de una tipología sistemática de autores; la finalidad político-jurídica permite entrever el futuro espacio vital de la idea de autor en la Administración de Justicia alemana.

I. Cuando reflexionamos sobre la esencia del autor, en rigor planteamos la pregunta por su ser. Es el ser de un *hombre*, en el especial modo de ser llamado «autor». De esto se sigue que no existe un ser *natural* del autor en el sentido de la investigación naturalista. Por cierto, todo hombre, en cuanto ser viviente, tiene también un ser natural biofísico y psíquico, pero éste, como todo ser viviente natural, no es el humano ser suyo; o sea, si en algunas funciones difiere de lo animal, en substancia, empero, es el mismo ser. No es factible descubrir en el ser viviente del hombre aquello que es distintivo de lo humano y, por tanto, lo característico del autor.

Esta comprensión se entiende casi por sí misma. Sin embargo, no es lícito incurrir, a partir de ella, en el logicismo contrapuesto de que el hombre y, con esto, también el autor, del mismo modo que es un mero ser natural, sería sólo espíritu. Él no es un simple concepto de valor o el abstracto punto final de la imputación. El del autor no es un puro «ser de desvalor», ya que el ser del hombre tampoco denota un «ser en la idea», sino un «ser en el mundo». Ni el lugar infrahumano del ser natural con su legalidad causal, ni el aspecto ultramundano del ser ideal de la legalidad trascendental, pueden hacer justicia al autor. La posición del conocimiento desde la que se contempla en una recta perspectiva los asuntos humanos, no puede ser ni la empírica ni la trascendental, sino solamente la antropológica; no la del naturalista, como tampoco la del sabio universal, sino sólo la del conocedor de los hombres. Contemplado desde la perspectiva de éste, el hombre aparece en el mundo histórico, un mundo referido a valores (ideas) que se yergue de sus condicionamientos naturales, el mundo de la *cultura*. Y en el espacio vital de la cultura está también el hombre en cuanto autor de un delito. ¿Cómo puede ser esto?

Por lo pronto, en el ámbito de la cultura lo que se da primero es el simple «cada quien» como *miembro* de la comunidad jurídica. Ese miembro adquiere *subjetividad* jurídica mediante la adscripción de derechos civiles y públicos, sea que éstos generen pretensiones respecto de un individuo o facultades frente a todos, lo que significa que

él posee un ámbito jurídico de autorización, mas no todavía una esfera jurídica de capacidad. Sólo con el acceso a la activa aptitud configuradora, un mero sujeto de derecho, por ejemplo, el niño, se convierte en *persona* de derecho, en cotitular intencionado de la comunidad jurídica. Nadie es completamente ajeno al Derecho.

En todos estos grados, la adscripción de lo jurídico es siempre una adscripción al *ser personal del hombre en general*. Mientras haya que considerar a un ser viviente primero como un hombre jurídicamente en evolución, concebido en su desarrollo jurídico personal, no es que le falte sin más la cualidad de persona, que está dada con su existencia, sino sólo la específica personalidad jurídica. También el sujeto de derecho y el miembro de la comunidad jurídica son, ante todo, «personas» en el amplio sentido de la naturaleza humana. Uno de los rasgos esenciales de la personalidad del hombre es la unidad de los actos de su voluntad, diversos entre sí, y a este elemento duradero en el querer lo llamamos *Gesinnung* (actitud interna). También el querer *jurídico*, en cuanto propiedad de la persona, reviste el carácter de actitud interna; en modo alguno es sólo «experiencia». Tenemos que entenderlo como un duradero estar preparado para el Derecho, estar de acuerdo con él. Es —para decirlo con Martin Heidegger— un estado anímico del hombre, y no el mero encontrarse-en-sí de una situación psíquica. Lo jurídico pertenece a la provisión originaria del hombre, a su existencia esencial —nada que se pueda ganar o perder—. De ahí que una actitud interna jurídica existe *a priori*, «al principio», en «cada quien»; en la vida ulterior puede ser más o menos activada.

Por ende, el delincuente, el autor, no es alguien que carezca de actitud interna jurídica, sino uno cuya actitud acusa signos de decadencia, subitánea o permanente, parcial o total. El autor de un delito «reniega» de su actitud interna jurídica, se aparta, por decirlo así, “de sí mismo”, resbala, cae y sigue bajando hasta llegar a la decadencia, hasta que ya “no está más en el Derecho”. *Luego, autor, con arreglo a su esencia, es un miembro personal de la comunidad de Derecho con una decaída actitud interna jurídica*. Y otra vez preguntamos: ¿cómo puede ser esto?

A los grados del devenir jurídico de la persona corresponden grados del ser del autor, cada uno congruente a un modo particular de la decadencia personal. El *miembro* de la comunidad jurídica manifiesta esta decadencia sólo cuando incumple las expectativas culturales mínimas que vienen planteadas a su conducta; el *sujeto* jurídico, ya en la lesión de un deber ser especial a él impuesto; la *persona* jurídica, incluso en la falta a una posibilidad regulada por el Derecho. Esto requiere ser explicado mediante un ejemplo. Quien, en cuanto mero *miembro* de la comunidad jurídica, comete una lesión corporal, incumple las expectativas que la comunidad de cultura formula sin más a todo hombre relativamente al respeto por el cuerpo ajeno. Quien, en cuanto *sujeto* de derecho, por ejemplo, como profesor obligado por contrato, corrige corporalmente al alumno particular en contra de la voluntad del padre de éste, no cumple el deber ser que, más allá de la general expectativa de cultura, en este caso comprometía a un especial respeto por la salud física de otro. Quien, como *persona* jurídica, perpetra, por ejemplo, una lesión corporal en el servicio público, revela el máximo grado de intensidad de autor, ya que él, allende toda expectativa general y todo deber ser especial, estaba obligado, en cuanto funcionario de la comunidad jurídica, a mantener constantemente una

actitud a la que aquí faltó; en el servicio de la función tuvo la posibilidad, basada en su capacidad de conformación jurídica, de cumplir un acto creador de Derecho, pero la dejó pasar y, en vez de ello, quebrantó el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, la decadencia jurídica de la actitud interna, empero, no es de distinguir sólo según escalas de *grado*, así como éstas se obtienen de la esfera de acción de las diversas formas jurídicas de existencia (miembro, sujeto, persona); hay que diferenciarla, además, mediante elementos *modales* precisamente de tales formas. Esta diferenciación cualitativa de la decadencia jurídica de la disposición de ánimo se manifiesta en la diversidad de los tipos delictuosos, cual éstos encasillan en cada caso al ser como persona, ser como sujeto, ser como miembro. O sea, en la peculiaridad de *miembro* del Derecho sólo es factible cometer fechorías toscas, contravenciones culturales propiamente dichas; tales delitos son los contrarios al Derecho natural, los verdaderos delitos criminales, también llamados «crímenes» en el sentido técnico de la palabra; son las fechorías «sempiternas», que no dependen de tiempo, lugar y nivel de civilización. Como *sujeto* de derecho se es capaz de cometer injusticias que resultan del ordenamiento jurídico al delimitar éste precisamente la posición de los sujetos; aquí se trata de «delitos», es decir, violaciones jurídicas condicionadas en el tiempo, cambiantes, diversas según pueblos y Estados. En fin, como *persona* de derecho se puede ser culpable propiamente sólo en el sentido de las contravenciones de policía; es el caso de quien se atiene a la medida mínima de los deberes culturales, respeta también el ordenamiento jurídico, pero no presta el *plus* de observancia que viene impuesto al miembro personal de la comunidad de Derecho, *plus* ligado como carga a la dignidad de la personalidad jurídica. Los delitos de la persona de derecho son, en cierto modo, faltas situacionales, un perder el obrar recto en un instante; se fundan en una «autogestión» insuficiente de la persona. Por ende, la esfera de la autoría en la persona de derecho se circunscribe a los delitos administrativos o «contravenciones».

La decadencia de la disposición de ánimo del ser como persona jurídica, que admite matices de modo y grado, puede poseer en todos los niveles intensidades diversas: puede llegar al *debilitamiento*, pero también a la *inversión* e incluso al *incremento excesivo*. El autor con una disposición jurídica fatigada o debilitada corresponde al tipo del que incurre ocasionalmente en falta a la norma, quien de ordinario se guarda en su vivir indolente de incurrir en transgresiones normativas, pero es fácil de seducir por circunstancias ocasionales. Una inversión de la disposición de ánimo jurídica, o lo que es igual, una duradera disposición contraria a Derecho, se presenta en el delincuente habitual o profesional; aquí no estamos ante un negar todo ordenamiento en general, sino un perverso reinterpretar el Derecho, pues también el delincuente profesional cumple las normas de su grupo delictivo, incluso escrupulosamente. El incremento excesivo se da en el delincuente por convicción. Éste manifiesta decadencia en la disposición de ánimo jurídica al convertir su porfiada voluntad personal en pauta de todo Derecho, por dejar que la voluntad jurídica degenera en arbitrariedad, en vez de medirse con el patrón del Derecho objetivo.

Las modalidades de ser del autor, que hemos descrito, no son cualesquiera tipos psicológicos o sociológicos, sino representan posibilidades de decadencia precisamente

de dicho ser, que están delineadas *a priori* en la esencia del ser jurídico de la persona. En ellas se expresa la estructura óntico-existencial del *Dasein* (existencia) del autor. Y ésta precede a toda Psicología, pertenece a los *a priori* materiales de la vida jurídica.

Dijimos que el autor formado con arreglo a su ser versa en el campo de la cultura, lo cual significa que él no es sólo un «autor en general», sino «éste autor, actual y único». Hasta ahora no lo concebíamos en tal condición. Nos habíamos limitado a investigar con reflexiones filosóficas el fundamento ontológico de la teoría jurídica del autor. El autor en su tiempo, en la atmósfera de lo históricamente cambiante, de lo naturalmente único, no es deducido por la Filosofía, sino descrito por las ciencias particulares. Ponemos ex profeso ciencias particulares *en plural*. Y es que la cultura jurídica, como toda forma de cultura, está montada en el mundo natural y social del conjunto de la existencia humana. En cuanto hombre, el autor sobresale también en esta parcela vital.

En tal sentido, y sólo en tal sentido, él es un tipo biológico, psicológico y sociológico, cargado de impulsos, inhibiciones, formas de reacción, disposiciones adquiridas genéticamente. Aquí se le concibe como individuo condicionado por la naturaleza y desarrollado en la historia, no como autor. La amplia exposición de este ser encajado del autor en la región de la biología, psicología y sociología criminales, completaría cabalmente la imagen cuyos rasgos fundamentales nos presentó la reflexión filosófica. Sin embargo, nuestra tarea no es de tal naturaleza, por cuanto pretendemos comprender, no al *autor* como *individuo*, sino a la *persona humana* como *autor*. Las indicaciones ofrecidas debieran ser suficientes para entrever la relación del concepto jurídico de autor con la Filosofía y las ciencias particulares. Pero ni la Filosofía ni una ciencia particular pueden desarrollarlo como concepto *jurídico* al margen de la teoría del Derecho. En cuanto tal, depende de determinados presupuestos del sistema jurídico alemán. En adelante nos dedicaremos a su explicación dogmático-jurídica.

II. En la búsqueda del concepto jurídico del autor estamos ligados, ante todo, a la ley y su interpretación. ¿Qué nos dice la ley? Ella guarda silencio. «El que» hace esto o aquello, será penado de tal o cual manera; esta es la forma elemental de las reglas jurídico-penales.

Pero quién es dicho «el que», eso no es revelado. Pareciera que el legislador recelara de conceder que *este* o *aquel* pueden ser autores. Todo lo que nos dice es que «se» puede serlo. De manera que ese «el que» de la ley es entendido como un género neutro; aparentemente, la ley tolera pensar en el delincuente sólo en la forma existencial, distante y, en el fondo, inexpresiva, del «se» impersonal. En casos contados, que se acuña sobre un círculo de autores a los que se reconoce por las características especiales de sus miembros (*delicta propria*), o en específicas causas de atenuación o agravación de la pena, ese abstracto «el que» gana a veces concreción como «mujer», «hombre», «madre», «funcionario» o «comerciante». Pero eso es todo. Ostensiblemente, la ley no se interesa en absoluto por la condición social y natural del autor; al contrario, aquí y allá, en los tradicionales tipos delictivos, es perceptible el esfuerzo de la voluntad legislativa por evitar, en lo posible, la descripción de un eventual «sólo este» en el lugar que ocupa el incoloro «el que». En nuestro Código existe la estafa, pero no el estafador, el

asesinato, no el asesino; la impudicia contra natura, pero no el tipo general del homosexual, menos aún un tipo individual del invertido; existe la alta traición, pero ningún tipo general del autor por convicción, como tampoco un tipo individual del delincuente político. El Código quiso y quiere todavía ser un Derecho penal de *acto*; su destinatario es quien quiera que sea y, por tanto, nadie en particular. En ello queda de manifiesto un rasgo característico de nuestro Derecho penal, un típico Derecho sólo moderno, de un racionalismo abstracto; en el sentido estricto del término, ajeno al mundo. Sobre tal base pudo madurar la teoría formalista de los imperativos. Sin embargo, con idéntico derecho se basó en este orden de consideraciones la teoría de Max Ernst Mayer, según la cual la ley penal se dirige, no al pueblo, sino únicamente al juez; contendría normas de decisión, pero no normas de determinación. Cuando hoy, en cambio, con ahínco se vuelve a aludir al carácter determinante de las normas jurídico-penales, tal afirmación queda suspendida en lo incierto, por lo menos hasta que alguien pueda informar quién es el destinatario de la norma. En todo caso, este problema —que no es sino la versión positiva del problema del autor— no se resuelve con la mención de los simples coasociados.

He aquí la causa de que la ley no ha puesto conscientemente en práctica una tipificación de los delitos según *elementos típicos subjetivos*, reserva hecha de excepciones muy ocasionales (como el pobre ensayo de distinguir asesinato y homicidio según el requisito de la «reflexión»). Es más, la presencia de tales elementos era y es aún hoy experimentada por los cultivadores del sistema como una «impureza de la ley». Con arreglo a las exigencias de la época liberal, recelosa del arbitrio del juez, todo tipo enraizado en nuestro Derecho penal debiera ser «neutro», «objetivo», «comprobable».

Por consiguiente, el concepto de autor no logró una estampa clara precisamente allí donde se trata de él, en la «Parte especial» del Código; antes bien, halló un modesto lugar en la «Parte general», que expone los elementos abstractos de todo delito, a propósito de las normas sobre el castigo de la participación. Para poder fundar la punición atenuada del partícipe, la ley tuvo que indicar quién es autor. Bien podía esperarse, por lo menos, que el enunciado adopte la forma de una aclaración inequívoca. Sin embargo, esta esperanza del lector del Código es defraudada; únicamente «entre líneas» hay que leer que es autor quien causó el resultado del hecho. Con lo cual —en la opinión que prevalece entre los intérpretes— nuestro legislador remite a un campo objetivo, lo que significa que el autor aparece como punto final de imputación del juicio de causalidad y, en consecuencia, que la ley conoce sólo un concepto formal, abstracto y naturalista de autor. Es el concepto paralelo al abstracto, ahistórico y formal concepto de sujeto propio del Derecho privado. Ambos no pueden negar su procedencia del siglo XVIII.

Ahora bien, si de la ley pasamos la mirada al *juez* sentenciador, el asunto cambia. El juez conoce un concepto *material* de autor. Esta constatación tiene que resultar sorprendente, puesto que ha sido un esfuerzo consciente de nuestro legislador racionalista y liberal excluir toda intervención individual del juez, merced a un concepto formal de autor y unas descripciones abstractas del hecho. Nuestra ley conceptúa como deber de todo juez «juzar sin consideración de personas». A partir de la elaboración de tipos de

resultado, delineados con toda precisión por la ley, el juez debía encargarse únicamente de establecer, en la forma más simple posible, dicho resultado y su enlace causal con el hacer u omitir de un hombre. ¡Una ilusión! Con este método «descriptivo» de la construcción legal se podía obtener, en el mejor de los casos, un esquematismo formal en las sentencias judiciales, que procuró, por cierto, una seguridad jurídica promedio, pero hizo extrañar la justicia individual. Y no sólo ésta, ya que en la mayor parte de los casos el legislador consiguió una descripción sólo *aparentemente* agotadora de los caracteres del hecho, mientras que, en realidad, bajo la suntuosidad exterior de la rigurosa lógica conceptual se esconden ideas flexibles, dúctiles, ambiguas. Iba de suyo el reproche de que con ello se fomenta el eventual arbitrio judicial, y que la confianza en ley y jurisprudencia queda expuesta a trastornos. Así, pues, por lo menos en estos casos, la incompleta tipificación legal de hechos pareció necesitada del complemento de una tipificación judicial de autores, en otras palabras, los defectuosos elementos típicos objetivo-descriptivos debían ser integrados con elementos subjetivo-normativos.

Ahora bien, recientes investigaciones metodológicas muestran que esos aparentes casos de excepción constituyen, en verdad, la regla. Se ha reconocido hoy con toda claridad que la formación de conceptos de la praxis jurídica trabaja con conceptos de valor vinculados a fines y, en general, que no es factible alcanzar el ideal de una plena descripción de hechos; yendo más allá, que ya no es *permitido* lograrlo, porque un hecho, en cuanto suceso natural o histórico, carece en sí mismo de todo valor jurídico propio. A partir de la base de este reconocimiento, la fe en la fuerza creadora de seguridad jurídica, propia de las descripciones fácticas, está hoy bajo fuerte conmoción; se sabe que en *todos* los tipos delictivos existen elementos «normativos» y «subjetivos», cuyo conocimiento puede prosperar, no a través de una constatación externa, sino sólo mediante valoración y comprensión interna. «Desamparado», «indefenso», «desfigurado», «móvil deshonoroso», pero también «iglesia», «edificio», «funcionario», e incluso «perro» o «de noche», no son hechos fijados, aunque tampoco conceptos teológicos, zoológicos o astrofísicos provistos de inteligibilidad general, sino conceptos jurídicos que hay que comprender «en el sentido del Derecho penal». Sin embargo, esto significa que ellos reciben su contenido sólo cuando el juez los colma de valor. De ello sólo cabía extraer una consecuencia metodológica, la de negar a *todos* los conceptos del Derecho penal la aptitud de fijación descriptiva y declararlos conceptos normativo-subjetivos. Pero si esta conclusión de la normatividad de todos los caracteres del tipo es correcta —y apenas se la cuestiona hoy—, entonces hay que admitir la comprensión de que el juez, en todos los casos sometidos a él, debe llevar a cabo, ya en el esclarecimiento del tipo, una valoración subjetivo-normativa en vez de una apreciación objetivo-cognitiva o constatación.

Entretanto, esa valoración no es posible sin recurrir a la actitud interna de quienes participaron en el hecho, sin el saber y la comprensión de su «valoración paralela» de los elementos del hecho, en pocas palabras, sin un concepto de autor en sentido material. Y éste en modo alguno resulta indicado sólo allí donde impera una «psicología del autor», o sea, en las cuestiones de la culpabilidad y la determinación de la pena, sino que hay que emplearlo antes, cuando se trata del establecimiento del delito. Esto apare-

ce con especial claridad en los delitos de intención o de tendencia, a cuyos tipos pertenece la existencia de una personalidad en el autor, caracterizada por una peculiar disposición anímica. Una «acción impúdica», por ejemplo, no se puede establecer sin semejante *integración de los tipos legales mediante tipos judiciales de autor*.

El hallazgo de estas verdades dogmáticas ha hecho decrecer paulatinamente, en el último tiempo, el tradicional temor ante la admisión consciente de caracteres subjetivos y normativos en los tipos legales. Ahora se sabe que el peligro de la arbitrariedad judicial es mucho mayor cuando esos elementos yacen escondidos en los tipos, que cuando, elegidos con cuidado e insertados reflexivamente, se impone al juez una imagen rectora para la elaboración, a su cargo, de una tipología de autores.

Cierto es que estos razonamientos de la reciente Dogmática jurídico-penal nos han mostrado que el concepto formal de autor de la ley debe ser complementado, ya en el Derecho vigente, merced a un concepto material de autor por parte del juez; pero no lo es menos que ellos no nos han conducido todavía a formar, con todo detalle, un concepto *científico-sistemático* de autor. La teoría del autor de nuestros tratados descansa aún en la declaración formal de la ley, según la cual es autor aquel que causó un resultado típico en el mundo externo. Su completa armazón viene dada en tres reglas: «el autor causa, el partícipe coloca meras condiciones», reza la primera, con la que se continúa operando en la teoría subjetiva de la participación; «el autor pone acciones de ejecución, no así el partícipe», dice la segunda, sobre la que se apoya la teoría objetiva de la participación; «sólo es autor aquel cuyo resultado ocurrió de un modo adecuado a la experiencia», expresa la tercera, que juega un papel en la teoría de la causalidad. Sin embargo, desde aquel tiempo la moderna Dogmática jurídico-penal ha enseñado que no existe un problema causal para el jurista, por cuanto toda concebible conexión que ocasiona un resultado puede ser punto de partida para un juicio de imputación, con lo cual la primera y tercera reglas perdieron contenido. ¡Recién en el ámbito de las vabaciones penales se consigue la selección entre las conexiones permitidas y no permitidas, culpables e inocentes! Por ende, la causalidad *puede* ser apenas un *indicio*, no una definición substancial para la pregunta de quién es autor. Con ello la distinción entre autoría y participación se desplazó desde el campo de la causalidad, de lo empírico, al sector normativo de la antijuridicidad y la culpabilidad. Por eso el concepto de autor se presenta en Eberhard Schmidt, el penalista que más lejos ha llevado este razonamiento, como un concepto valorativo. Así, a la segunda de las reglas que antes nombramos se añade lo siguiente: «ejecutar» una acción significa, precisamente, cometerla «conforme al tipo», y esto último, por otra parte, no implica un obrar «exterior», sino realizar un «delito», hacer algo que puede ser valorado como lesión de intereses. Y, naturalmente, que esto pueda darse se deduce en primer término de la existencia de elementos típicos normativos, de la normatividad de *todos* los elementos típicos en general, que, es más, confieren al suceso externo su especial sentido jurídico. Pero se desprende, además, de los que Mezger denominó elementos típicos subjetivos, cuya existencia, oscura y misteriosa, deviene ahora clara: ellos no pertenecen a la culpabilidad, a la tipicidad en el sentido de la descripción de la acción externa, tampoco al objetivo juicio de desvalor

sobre el tipo de delito, o sea, la antijuridicidad; más bien, son caracteres que definen la *adecuación a los tipos de autoría*, que se colocan junto a los tipos de la tipicidad, con los mismos derechos que éstos, cual imperfectos ensayos de una tipificación legal de autores.

Cabe preguntarse, en consecuencia, si existe algo así como unos tipos de autor que sean, no ya formales y abstractos, sino concretos y provistos de contenido. ¿Pudiesen yacer escondidos en la Parte especial, y no en la general? Yo creo que sí. Con este paso nos adentramos en tierra virgen, por caminos inexplorados. No obstante, queremos aventurar un intento de sistematizar científicamente, a grandes rasgos, dichos *tipos de autoría*.

Su atributo más general, que no se debe olvidar, es procurar conceptos jurídicos, no conceptos psicológicos. Tampoco se trata de tipos individuales de autor, sino de tipos de la autoría jurídica, o sea, una suerte de conceptos intermediarios. Entre el concepto legal y abstracto de autor: «*el que hace esto o aquello*», y el concreto concepto judicial de autor: «*este sujeto, que cometió un asesinato*», se coloca el concepto científico-sistemático de autor: «*un sujeto tal, que hace esto o aquello, etc.*»; entre los tipos más generales y especiales de autor, se ponen los tipos de la autoría.

Por tanto, estos tipos no pueden ser descripciones empíricas de hombres, cual ellas nos vienen ofrecidas por la Biología, la Psicología naturalista o la Sociología. Nuestro ensayo de tipificación de la autoría nada tiene que ver con la «Psicología» del autor, con la consideración humano-individual. Lejos estamos de la presunción burguesa y farisaica de poder reducir a fórmulas el *mysterium hominis*. El propio legislador ha renunciado siempre, conscientemente y con razón a aplicar tales tipologías; él no se dirige a individuos, sino a miembros de la comunidad jurídica en todos los niveles de su posible ser personal. Esto hay que decirlo, una vez más, con toda claridad. Y es que hoy son muchos los que emplean, en el ámbito de su incumbencia, métodos exitosos; por ejemplo, el Psicoanálisis, las teorías sociológicas de grupos y relaciones, la investigación de las predisposiciones hereditarias, se esfuerzan por la comprensión del autor. Esta clase de doctrina del autor tiene su legítimo lugar, como ya referimos, en la aplicación y ejecución de la pena, donde se trata del tratamiento de seres humanos, de debilidades y pasiones individuales, del restablecimiento de cuerpos y almas. Pero carece de toda importancia en la esfera de la teoría del autor determinante para el enjuiciamiento del hecho, el injusto y la culpabilidad, donde se trata de la persona y no del individuo.

Los tipos de la autoría han de poseer los rasgos que antes reconocimos como esenciales en la imagen jurídica del autor. Concebimos la esencia de éste en su decaída actitud interna jurídica. A ello tenemos que añadir ahora lo siguiente: los tipos de la autoría tipifican clases de decadencia personal en la actitud interna. De momento, sin embargo, no en general, sino en el sentido de nuestro Derecho nacional en vigor. Se trata, por una parte, de prepararlos a partir de la *ley* como presupuestos subjetivos del obrar de autor; por otra, de derivarlos de la conexión del *sistema*. La primera es una tarea que excede con mucho el marco de esta exposición. Por ende, sólo podemos acometer lo más importante y básico de la segunda. Desde el punto de vista sistemático,

los tipos de autoría tienen que poder ser deducidos de los grados, que antes asentamos, del personal ser del autor. Entonces distinguimos miembro, sujeto y persona de Derecho. Vimos también que su decadencia en la actitud interna jurídica admite distintos ámbitos cuantitativos y cualitativos. Sin embargo, no pudimos indicar en qué se reconoce esos fenómenos de decadencia, qué es lo que realmente «sucede» cuando un miembro de la comunidad jurídica se desmorona. Estas declaraciones conforman los tipos de la autoría; son indicios de la decadencia personal. Se obtienen de los modos del ser, contrapuestos según su esencia al devenir jurídico del hombre.

Aquí aparece, como primera y específica modalidad de decadencia del *miembro* de la comunidad jurídica, del «hombre cultural», la existencia *instintivo-natural*. Por lo pronto, hay que excluir de este campo aquel tipo humano, compelido por sus instintos, que es sólo un *individuo*, es decir, apenas un manojo de disposiciones condicionadas biológicamente, ya que, como consecuencia de dicha opresión de los instintos, la personalidad y, con ella, la actitud interna jurídica jamás se activaron en él. Yendo más allá, en cierto modo se podría decir que el cien por ciento de los autores instintivos no son en absoluto «autores», porque en ellos todo lo que concierne a la actitud interna quedó detenido en un principio rudimentario, no desarrollado después en la estructura de la personalidad prefigurada en el ser del hombre. Este «autor», más ajeno que equivocado en cuanto a las normas, pudiera decirse que «falto de conciencia jurídica», no pertenece a la esfera del Derecho penal, sino a aquella de las ciencias naturales; es objeto de estudio del médico, no del juez. Sin embargo, amén de este caso límite, existe una infinidad de formas atenuadas de autor instintivo que reconocen la norma, pero la sacrifican al instinto, que oyen y entienden su llamado, pero no lo siguen. Aquí tenemos ante nosotros el tipo de autor *peligroso para la comunidad*. Él es, pongo por caso, un presupuesto típico subjetivo de todos los delitos contra la honestidad. No resulta sin más claro que su estructura se base en la idea de una especial clase de autor. ¡Pero la acción delictiva tampoco está descrita exteriormente por la ley! Es más, ella no es en absoluto un indicio de que en tal caso existe una impudicia objetiva. Antes bien, la ley quiere decir que sólo allí donde se presente un tipo especial de autor instintivo, esto es, el impúdico, se puede hablar de una acción deshonesto como delito. Así se explica el muy discutido «elemento subjetivo de la antijuridicidad» en estos tipos, que no es requisito de la adecuación típica, sino de la adecuación al tipo de la autoría.

La típica modalidad de decadencia en la disposición de ánimo de un *sujeto* de derecho yace en otro campo del impulso vital, contrapuesto al devenir social de la persona. Aquí la decadencia de la personal actitud interna jurídica origina, no una conducta compelida por el instinto, sino una dirigida por fines. Son actitudes egoístas del hombre que persigue su *conveniencia individual*, las que lo apartan de la esfera de sus derechos y obligaciones, por tanto, del ámbito de su subjetividad jurídica. Esta vez comparece ante nosotros el tipo de autor *contrario a la comunidad*, una fría disposición asocial que opone a todo ligamen común derivado de los valores de la persona, el egoísmo desnudo del individuo. Sobre este tipo se yerguen, por ejemplo, todos los delitos de intención y de oportunidad. Éstos, diversamente de los ya nombrados delitos contra la honestidad, no pertenecen a los crímenes naturales, graves, sino que son ilegalidades,

simples delitos congruentes con la decadencia de la actitud interna jurídica en su autor. En tales delitos, a menudo forma parte del tipo un suceso externo descrito con vaguedad. Esto queda de manifiesto, por ejemplo, en la estafa o la administración desleal, cuyas formas exteriores de ejecución son sumamente variables. Sin embargo, siempre les es peculiar un tipo de actitud interna de firmes contornos, el del agente motivado «intencionalmente», o sea, que busca el resultado contrario a la norma. Una estafa cometida «sin intención» queda impune, porque allí no hay estafador alguno.

A la actitud interna jurídica de la *persona* en el Derecho son peculiares dos modalidades típicas de decadencia. Por lo pronto, el extenderse inmoderadamente a partir de sí misma, su incremento excesivo. Es un indicio de ello una hipertrofia en ese circuito de la vida individual, que contrapone a la actitud interna de la persona una actitud *ideológica* de corte *fantástico*. La decadencia radica entonces en la formación de una actitud interna que sobrepasa al Derecho, una voluntad jurídica degenerada en arbitrariedad. Aquí tenemos ante nosotros el tipo de autoría de la *enemistad a la comunidad*, donde no hay una fría, sino una ferviente disposición asocial o hipersociabilidad, que dice que sí a la comunidad, sólo que en una forma nueva, mejor y propia. El denominado delincuente por convicción representa este tipo con perfecta plasticidad. Y su forma más extrema se distingue en el ámbito del Derecho penal parecidamente al caso extremo del autor instintivo, ya que el revolucionario no es un delincuente, sino un enemigo del Estado. Y esto, no sólo cuando tuvo éxito, sino ya por el hecho de que su personal disposición lo hizo desligarse del actual consorcio jurídico y adherir a otro, por más fantaseado que fuere éste. Con todo, en muchos de estos casos, es más, en su mayoría, existe, no una enajenación total, sino sólo parcial respecto de las normas. Este tipo de la autoría conforma el supuesto apriorístico del delito político. Cuán importante es precisamente en él la conducta conforme a la actitud interna, y no el comportamiento apenas psíquico-individual, como punto de partida para el enjuiciamiento valorativo del Derecho penal, lo reconocemos en el cambio de valoración jurídicopunitiva que se produce cuando, en vez de la actitud interna presupuesta por la ley, congruente con el ser de tal autor, interviene otra anormal, esto es, aquella de la conveniencia individual o egoísta. Entonces el juez se sentirá fácilmente inclinado a acoger un móvil «deshonroso» (parágrafo 20 del Código penal).

Pero hay otra modalidad de decadencia propia de la persona jurídica que también ha cobrado expresión legal en un tipo de autoría: es la actitud *socialmente inactiva*. Esta vez la decadencia opera como un permanecer indiferente ante el llamamiento anímico a la activación jurídica de la persona. Trátase de una postura individualista y negativa, que presenta una desobediencia indolente, un olvido vacío al hecho de ser llamada por un positivo deber ser. Es la del tipo de autoría de la *negligencia hacia la comunidad*. Ciertamente que no se produce daño alguno, ni siquiera un peligro, pero algo queda sin hacer, algo que hubiera debido ocurrir en beneficio del todo, *ad majorem iuris gloriam*. Este tipo encuentra su expresión en los delitos administrativos. Acaso la vieja polémica sobre la segura delimitación de éstos respecto de los delitos criminales, halla su decisión en la teoría del autor. No ya en la adecuación típica, tampoco en el injusto, sólo parcialmente en la culpabilidad: es en la autoría donde se diferencian los dos sectores

del obrar punible.

Por último, toda la plétora restante de posibles formas de comisión del delito cae bajo el tipo colectivo de la conducta *socialmente indolente*, a la que no es propio un especial grado de decadencia personal, sino que puede presentarse en todos como un traspíe ocasional de la disposición anímica. La más acertada designación para este tipo es el nombre tradicional de *nocividad común*. Es ésta la disposición típica de ánimo que obra como supuesto en todos los hechos culposos, aunque también en muchos tipos delictivos que piden dolo como única forma de resolución, por ejemplo, las injurias y la lesión corporal. Su característica común es que el hecho sufre un cambio, se privilegia o cualifica en virtud de precepto legal, no bien la conducta, que es igual en el plano externo, expresa uno de los tipos de autoría que hemos descrito.

Con estos cinco tipos básicos de autoría, o sea, las conductas peligrosa, contraria, enemiga, negligente y nociva para la comunidad, hemos bosquejado los rudimentos del futuro sistema dogmático del Derecho penal de autor. Dicho sistema ha de ser un franco catálogo de tipos de autoría, en vez de uno que se oculta, disimulado, como ocurre hoy, en el catálogo de tipos delictivos.

III. Extraigamos ahora de lo que hemos reunido hasta este punto las consecuencias político-criminales.

El autor permanece uno y el mismo en su esencia, sea que lo tratemos como objeto de corrección, aseguramiento, educación, intimidación o retribución. Todas estas ideas preparadas en el Derecho penal se refieren a distintos caracteres del hombre en cuanto individuo biofísico y psíquico, incluso a grados diversos del desarrollo natural de ese individuo natural. Sin embargo, son autores, no ya el hombre vital, el individuo con sus instintos y pasiones, tampoco el hombre moral en el sentido de la libertad individual de conciencia, ni el hombre como portador de valores religiosos o hedonistas, sino sólo el hombre así como éste comparece en el mundo del Derecho, o sea, como persona jurídica, sujeto de Derecho, miembro de la comunidad jurídica.

Por consiguiente, en la medida en que la teoría de la pena como retribución trabaja con un concepto de autor cual tiene que suponerle con arreglo a su esencia, o sea, postula una retribución normativo-social y justa, no ya una retribución moral, religiosa, apasionada o derechamente vengativa, ella puede convenir con el concepto que hemos elaborado de aquél y, en lo medular, resulta correcta según nuestra comprensión dogmática. Por otro lado, en la medida en que la teoría de la pena como educación (corrección) trabaja con ese mismo concepto de autor, buscando resocializarle, reconducirle a una actitud interior favorable al Derecho, concordamos también con ella. En la doctrina personal del autor se obtiene una síntesis de los criterios escolares en controversia.

Pero en la medida en que la teoría de la retribución trabaja con un concepto de autor histórico, y la de la educación con uno tomado de las ciencias naturales; si la primera conoce sólo una imagen históricamente condicionada del hombre, y la segunda una imagen generalizada por abstracción, tenemos que rechazarlas. Semejantes extralimitaciones de las competencias aparecen, por ejemplo, allí donde se labora sólo con categorías *sociológicas*, llegándose a conclusiones como la clasificación de los autores en

trabajadores y no trabajadores, para los que se prevé formas distintas de cumplimiento de las penas, según ocurre en Rusia. También se muestran al operar sólo con categorías *biológicas*, de las que se extrae consecuencias de exagerado naturalismo, como la esterilización o eliminación, en sede de ejecución penal, de sujetos no educables, basándose para ello en la investigación de la herencia biológica de disposiciones. De nuestra personal teoría del autor, pues, deriva una crítica pareja a estos dos criterios escolares.

A fin de superar en la Política criminal la lucha de las escuelas es indispensable no absorber, mediante una disimulada fórmula de identidad, uno de los dos valores en liza en el otro, ni proseguir el conflicto hasta la derrota de alguno de ellos; antes bien, lo que cuenta es armonizar justicia y utilidad, esos pensamientos valorativos que corren paralelamente, a partir de la teoría del autor. Ilustraremos esto con mayor detalle al final.

La idea de retribución es inmanente a todo Derecho penal, es el *eidos* del concepto de la pena, que sin ella perdería su individualidad. Por consiguiente, también en un Derecho penal de autor hay que preservarla y debe poseer el sentido que siempre le corresponde, a saber, una disminución de la persona en su acervo de valor. Esto no tiene por qué ocurrir según la fórmula del ojo por ojo, diente por diente, por tanto, como vindicación; tampoco es preciso alcanzarlo de modo formalista, irrogando unos días más o menos de prisión de acuerdo con la intensidad de la culpabilidad o del daño a los bienes, como todavía hoy exige el Derecho vigente en Alemania. Antes bien, desde nuestra perspectiva, retribución significa una *capitis deminutio*, una merma de la personalidad jurídica. Implica hacer constar expresamente que, de ahora en adelante, se limitará el espacio de poder y autorización al miembro en falta de la comunidad jurídica. No un padecimiento *determinado*, un dolor corporal o espiritual (una mano cortada, miembros encadenados, trato de tú), sino la *general* disminución jurídica procura en esto el criterio decisivo. De modo que el contenido de la retribución estatal consiste en que por la decadencia manifiesta y enjuiciable de la actitud interna jurídica, se responde con un voto de desconfianza del lado de la comunidad. En este voto de desconfianza, como su fundamento jurídico, se apoyarán después las distintas ingerencias estatales de educación y cura.

Asimismo, la idea de educación o corrección se asocia al concepto normativo sobre la esencia del autor. Al planteo de determinismo extremo de los naturalistas en el Derecho penal (por ejemplo, Ferri), se ha objetado, con razón, que la idea de educación no puede ser aplicada a un ser al que se concibe sólo como un haz de disposiciones de causalidad natural y de circunstancias ambientales fijadas históricamente, porque la idea de persona es inseparable de la idea de educación. Es más, la educación se distingue del amaestramiento precisamente en que ella se dirige a una persona, y no a un individuo vital. Ahora bien, el objetivo de una educación del *autor* es sólo restablecer la plena personalidad jurídica. Una reconstrucción de la persona *moral* no es asunto del Derecho penal —máxime considerando que la decadencia de la persona jurídica puede ocurrir sin la simultánea decadencia moral de la persona, como en el caso del delincuente por convicción—. Los medios para restablecer la persona jurídica tienen que estar configurados de tal manera, que consigan recuperar o se intente producir por pri-

mera vez aquella situación espiritual que despierta la voluntad hacia la actitud interior jurídica y, por tanto, a una orientación social. Al efecto, ha de acostumbrarse sistemáticamente al preso al trabajo en común y planificado, a la adaptación e inserción en las relaciones de vida, al autodomínio. El moderno medio educativo de la ejecución penal progresiva, amén de las ideas de los establecimientos provisionales y de la administración propia de los presos, juntamente a la de una ocupación útil para la sociedad, son, pues, las reacciones penales por entero adecuadas a la esencia del autor.

La idea de *aseguramiento* experimenta con nuestra concepción del autor algún cambio de contenidos. Nosotros colocamos en primer lugar, no la seguridad de la sociedad, sino la pureza de la comunidad jurídica. Esto suena romántico. Sin embargo, mostraremos que más bien la idea de seguridad de la sociedad es una utopía romántica ¿Por qué? Una tutela simétrica de todos los bienes de todos los grupos en la sociedad es imposible en la práctica. Cuando Franz von Liszt creyó que los bienes jurídicos serían los intereses jurídicamente protegidos de la sociedad organizada, incurrió en un error, puesto que sólo son bienes *jurídicos* aquellos bienes que fueron reconocidos por la comunidad jurídica en cuanto comunidad *estatal*. En esto, naturalmente, cumplen un papel decisivo las ideologías de los grupos dominantes en el Estado. Que la valoración de nuestro sistema de bienes jurídicos, donde gozan de la tutela penal más alta la vida del individuo, la propiedad privada y las garantías públicas, no refleja la realidad de nuestro orden social de bienes, sino sólo la ideología naturalista, individualista y liberal del siglo XIX, eso difícilmente pudiera ser puesto en duda. Por ende, tampoco puede servir *in abstracto* a la seguridad de la «sociedad». Pero si no cumple esta tarea, entonces ¿cuál? Sólo queda la seguridad de los grupos de poder dominantes en la sociedad. Mas esto no puede ser ni es lícito que sea fin decisivo del Derecho penal. De ahí que, con arreglo a la teoría de la esencia del autor, tampoco es aquel sujeto que no puede adaptarse al ordenamiento social de los grupos dominantes en este momento, quien nos parece necesitado de custodia por motivos de seguridad, sino aquel que ya no puede ser considerado como un «autor» según las características de validez general que hemos asentado, o sea, el enemigo de la norma y el extraño a ésta que es presa de sus impulsos.

Finalmente, en lo que concierne a la idea de *intimidación*, hoy es de reconocimiento común que sólo es discutible intimidar merced a la pena abstracta, no el hacerlo mediante una ejecución penal pública o draconiana. Sin embargo, tampoco es forzoso entender la idea de infundir temor en los demás (prevención general), cual Feuerbach la hizo triunfar en la teoría, del modo sólo psicológico que pretendió este último. No del temor al mal psicofísico de la pena, sino del miedo a la minoración jurídica, debiéramos esperar como efecto la resocialización. Pues ¿dónde estaría, hoy por hoy, la intimidación psicológica producida por el mal de la pena? Los partidarios de esta idea se defienden, no sin razón, de la humanizada ejecución penal moderna, ¡que resta viento a sus velas! Desde su punto de vista, tienen razón, porque, de hecho, con la general atenuación del cumplimiento de la pena, el efecto de coacción psicológica, según lo concibió Feuerbach, no puede sino disminuir. Por otra parte, tampoco cabe dudar de que, a pesar de la humanización de la ejecución penal, la fuerza intimidante de la *capitis de-*

minutio asociada a la condena apenas ha disminuido ante el creciente avance de la incorporación de los individuos a uniones sociales. Nada se opone a configurar ulteriores garantías, por ejemplo, al enlazar una *capitis deminutio* más severa a condenas múltiples —como, por lo demás, ya ha previsto el Proyecto, que hace procedente la custodia de seguridad como secuela de la multirreincidencia—. Lograr más en este campo exige cierta intrepidez, relajar garantías aparentemente sagradas de la idea del Estado de Derecho, en interés de la idea de un Estado social integrado sobre fundamentos personales.

Al decir esto, toco la idea con que quisiera concluir estas reflexiones. Una teoría normativa del autor que desarrolla la esencia de éste como manera del ser del hombre en el Derecho, sin caer en el psicologismo y el sociologismo, aunque tampoco disipándose en el mero logicismo, no sólo corresponde al estado actual del conocimiento filosófico y a los requerimientos de la moderna Política criminal. Constituye, siquiera como modesto aporte, una declaración a favor de la base vital de nuestra generación, a la que ha llegado el tiempo de hacer fecundo su acervo de convicciones morales e intelectuales también en el campo del Derecho penal.