

ÍNDICE GENERAL

PRESENTACIÓN DEL DR. GONZALO FERNÁNDEZ	XXIX
PRÓLOGO DEL TRADUCTOR DR. GERÓNIMO SEMINARA	XXXVII
PALABRAS PREVIAS DEL EDITOR (1932)	XLIII
PREFACIO DEL AUTOR	XLVII

INTRODUCCIÓN PLANTEO DEL PROBLEMA

1. Importancia del problema y sus relaciones con el entero campo del derecho penal (en *nota*: concepto jurídico material y concepto jurídico formal del delito). **2.** Qué se entiende por *objeto* (jurídico) *del delito*: *objeto jurídico, objeto material y sujeto pasivo del delito*: necesidad de distinguir estos conceptos. **3.** Determinación de estos conceptos. **4.** Relaciones y límites entre estos conceptos (en *nota*: solución de algunas cuestiones particulares). **5.** Planteo del problema, en sus términos más simples 1

PARTE I CRÍTICA

TÍTULO I TEORÍAS SUBJETIVAS

CAPÍTULO I

Teoría de la violación de un derecho subjetivo (privado o público) variable por cualidad según la especie del delito.

§ 1. Exposición de la teoría

6. La doctrina alemana: Feuerbach (y sus seguidores): Berner, Loening, Heyssler. **7.** La doctrina italiana: Carmignani, Carrara, Canonico, Paoli, Ellero, Impallomeni [en *nota*: el *delito* (en antitesis con la *contravención*) concebido como violación de un derecho subjetivo: Carrara, Lucchini, Impallomeni, Mancini, Tolomei, Ortolan, Brusa, Tuozzi, Ranelletti, Stoppato, Carnevale, Civoli, Longhi, Maino, Masucci, Puglia]. **8.** La doctrina francesa: Rossi, Ortolan, Vidal (en *nota*: Frank) 29

§ 2. Evaluación crítica de la teoría

9. Críticas dirigidas a la teoría que ve en cada delito la ofensa de un variable derecho subjetivo: Merkel, Gerber, Freydorff, Binding, Civoli, Janka (en *nota*: otras críticas a Feuerbach). **10.** Inexactitud de las críticas de Binding, de Civoli y de Janka que afirman la *inviolabilidad* de los derechos subjetivos. **11.** Nuestra crítica: *a)* Inexistencia de los *derechos naturales* y de los delitos que los violen. **12.** *b)* No todos los delitos son una ofensa a los derechos subjetivos propiamente dichos atribuibles a una persona, física o jurídica, y variables con la especie del delito. Delitos contra la sociedad o el público. Contravenciones. **13.** *c)* La violación de un derecho subjetivo no es característica esencial del delito, ni en los delitos que eventualmente presentan tal violación. El delito constituye la violación de un derecho subjetivo, si además de ser delito es también un hecho ilícito privado o público y a veces sólo si es un hecho ilícito privado o público, no porque es un delito. Los delitos patrimoniales. Los delitos contra la persona, etcétera. **14.** Irrelevancia a los efectos de la tutela jurídica penal de la circunstancia de que el *interés* ofendido por el delito tenga o no el carácter de un derecho subjetivo. **15.** La opinión según la cual el delito es la violación de un variable derecho subjetivo no es sostenible sino a condición (I): de concebir el derecho penal como pura sanción de obligaciones y derechos subjetivos preestablecidos por otras normas jurídicas; o bien (II) de afirmar la idoneidad del derecho penal para fundar derechos subjetivos para los individuos ofendidos por los delitos. **16.** I) Doctrina del carácter *sancionatorio* del derecho

penal y absurdas consecuencias que derivan. **17.** La distinción entre *precepto* y *sanción penal*: varias opiniones sobre la naturaleza de uno y otra y sobre la relación que entre ellos intercorre (Binding, Wach, Beling). **18.** *Preceptum legis* y *sanctio legis* son elementos esenciales e indisolubles de la ley penal: unidad de la ley penal. Imposibilidad de distinguir una *norma-precepto* (norma primaria) de una *norma-sanción* (norma secundaria) en particular: la «Norma» de la «ley penal» (Binding). También el precepto penal es una máxima de derecho penal. **19.** Crítica de la opinión de Binding, según la cual las «Normas», cuya transgresión da lugar a la aplicación de la pena, son normas jurídicas especiales (codificadas o no) de derecho público diversas de las *leyes penales* como de las otras normas del derecho público y privado. **20.** Crítica de la opinión de Beling según la cual los imperativos, cuya violación da lugar a la aplicación de la pena, sean las mismas normas del derecho privado o público en cuanto regulan imperativamente la conducta humana. Distinción del derecho penal de las otras ramas de derecho público y privado: eventual coincidencia entre las normas del uno y las de los otros. Ésta nunca es *total*. **21.** Resultados de la crítica a la doctrina del carácter *sancionatorio* del derecho penal. **22.** II) El derecho penal tiene capacidad de crear derechos subjetivos, pero no derechos de los sujetos directamente ofendidos por los delitos, sino siempre un derecho del Estado (derecho a la omisión del delito). **23.** Conclusión 39

CAPÍTULO II

Teoría de la violación de un derecho subjetivo público del Estado (derecho a la obediencia), único y constante en su cualidad.
(Teoría de Binding)

§ 1. Exposición de la teoría

24. Opinión de Binding. El delito, una ofensa al derecho subjetivo de obediencia del Estado. Derecho de obediencia y otros *derechos subjetivos*, diversos de él. Derecho de obediencia y bienes jurídicos: el concepto del bien jurídico, según Binding. La ofendibilidad del bien jurídico y la inofendibilidad del derecho subjetivo .. 100

§ 2. Evaluación crítica de la teoría de Binding

25. La ofensa del derecho de obediencia es un momento puramente formal (en *nota*: violabilidad de las normas jurídicas). Importancia sustancial del delito para los intereses individuales y sociales.

26. La pretendida inviolabilidad del derecho subjetivo. Errónea noción de éste. Cada derecho en cuanto es *interés* es violable. Cada derecho en cuanto es *pretensión* es violable: confusión entre la abolición de un derecho y su violación; la violación del derecho es el incumplimiento de la obligación correspondiente. La ofensa del bien jurídico ¿es medio indispensable de ofensa del derecho subjetivo? Confusión entre *contenido material* (bien o interés) y *objeto* (cosa o persona) del derecho subjetivo. La ofensa del bien o interés contenido en el derecho no puede también existir sin la ofensa del derecho. El objeto de un derecho subjetivo no puede jurídicamente ser ofendido. **27.** Ausencia, en la teoría de Binding, de cualquier concepto del bien jurídico (en *nota*: doctrina de Mortara y su crítica) 103

TÍTULO II
TEORÍAS OBJETIVAS

CAPÍTULO I

Teoría de la violación del puro derecho objetivo

§ 1. Exposición de la teoría

28. La doctrina italiana: Pessina, Buccellati, Civoli, Ferrini. **29.** La doctrina francesa y belga: Villey, Haus, Garraud, Laborde. **30.** La doctrina alemana. Los críticos de Feuerbach. Escritores posteriores: Schütze, Haelschner, Unger, Zucker, Sjören 121

§ 2. Evaluación crítica de la teoría

31. Inexistencia de un derecho *natural* o *racional* cuya violación constituya el delito: cada delito es infracción de una norma del derecho positivo. **32.** Indeterminabilidad, en la teoría en cuestión, de

las normas de derecho objetivo cuya pura violación constituiría el delito. La teoría no resuelve de cualquier manera sino *negativamente* el problema del objeto del delito. Errores en que, como tal ella incurre: *a)* Desconocimiento de la naturaleza del derecho (y también del derecho penal) como *órgano de tutela de interés y sistema de relaciones sociales*. Cada hecho ilícito, y también el delito, es violación de intereses, de bienes y de relaciones de la vida social. **33.** *b)* Desconocimiento de la indisolubilidad del momento objetivo del momento subjetivo del derecho. Cada hecho ilícito, y también el delito, viola no sólo el derecho objetivo, sino también obligaciones jurídicas y derechos subjetivos, es decir, relaciones jurídicas. **34.** Lo ilícito civil no es violación de puros derechos subjetivos, como no es el delito violación del puro derecho objetivo. Inexistencia de derechos subjetivos sin derecho objetivo y de violación de los unos sin violación del otro 133

CAPÍTULO II

Teoría de la violación del deber jurídico (Teoría de Liepmann)

§ 1. Exposición de la teoría

35. El delito, un incumplimiento del deber jurídico y una acción, a diferencia del ilícito civil, consistente en una pura situación de hecho dañosa. Imposibilidad, según Liepmann, de determinar la naturaleza y la importancia de los delitos sobre la base de la naturaleza y de la importancia de los bienes jurídicos lesionados o amenazados por ellos. *Los motivos, el valor de los deberes ofendidos y la forma de su violación* (dolo y culpa) criterios únicos de determinación de la naturaleza, especie e importancia del delito 145

§ 2. Evaluación crítica de la teoría

36. No sólo el delito, sino también lo ilícito (delito o cuasi delito) civil es una *acción* y una *violación de un deber jurídico*. Confusión entre el *delito* y *cuasi delito civil* (responsabilidad por culpa) y el de-

nominado *ilícito objetivo o inculpable* del derecho privado (responsabilidad sin culpa). No sólo el ilícito civil, sino también el delito es un *daño* o por lo menos un *peligro de daño*. La unidad del concepto de lo ilícito jurídico, en la variedad de sus especies. **37.** Imposibilidad de deberes jurídicos que no sirvan a la tutela de intereses y bienes de la vida; consiguiente imposibilidad de la violación de un deber jurídico sin lesión o amenaza de un bien e interés jurídico (daño o peligro). **38.** El delito no puede no hacer derivar, al menos en parte, su naturaleza e importancia también de la naturaleza e importancia del bien e interés ofendido así como de la naturaleza e importancia de la ofensa. Posibilidad de valorización objetiva de los bienes e intereses ofendidos por los delitos; ella es una apreciación de política social y como tal esencialmente relativa y mutable, no absoluta, universal e inmutable. **39.** También el *peligro social* resultante indirectamente del delito se mide en parte sobre la base del valor del bien directamente lesionado o amenazado por el delito 149

CAPÍTULO III

Teoría de la violación del bien o interés jurídico (Teoría de Liszt y seguidores)

§ 1. Exposición de la teoría

40. Teoría de Liszt: el concepto de la ilicitud (formal o material). Bien o interés jurídico y norma jurídica. Bien jurídico y coacción jurídica. Naturaleza secundaria (complementaria, sancionatoria) de las normas del derecho penal. **41.** Teoría de Janka: voluntad del derecho, norma jurídica, bien jurídico, tutela o coacción jurídica. El ilícito jurídico penal. **42.** Teoría de Finger. «Norma» y «ley penal». Finalidad de las normas (tutela de bienes e intereses). Intereses jurídicos y bienes jurídicos. El derecho y el deber de obediencia ..165

§ 2. Evaluación crítica de la teoría

43. a) Errónea separación del derecho objetivo, del deber, del poder (derecho subjetivo) y de la relación jurídica. **44.** b) Falta o im-

precisión de los conceptos de derecho subjetivo y de bien jurídico en sí y en sus relaciones. **45.** *c)* Bien jurídico y norma jurídica no son únicos y exclusivos conceptos fundamentales del derecho. **46.** *d)* Deficiente consideración del delito como ofensa en todos los casos de un interés y de un derecho subjetivo del Estado. **47.** *e)* No sólo la especialidad de la tutela, sino también la especie de los intereses tutelados contribuye a caracterizar el derecho penal. El derecho penal no es derecho puramente secundario, complementario y sancionatorio de las otras ramas del derecho, sino un sistema autónomo de normas primarias y originarias. **48.** Crítica de las opiniones de Janka y de Finger 172

TÍTULO III TEORÍAS MIXTAS

CAPÍTULO I

Teoría que distingue los delitos según que violen, o no, el derecho (objetivo y subjetivo o sólo subjetivo)
(Teorías de Waechter y de Luden)

§ 1. Exposición de la teoría

49. Teoría de Waechter: tripartición de los delitos en delitos de derecho, de moralidad y de policía según que violen el derecho, objetivo y subjetivo, o bien ofendan la moral o la policía. **50.** Teoría de Luden: bipartición de los delitos en delito de derecho y delito de ley según que violen el derecho objetivo y subjetivo o sólo subjetivo 203

§ 2. Evaluación crítica de la teoría

51. Crítica de la opinión de Waechter. Cada delito viola una norma de derecho objetivo (precepto penal) y cada delito es delito de derecho: diferencia única posible entre los llamados delitos de derecho y los llamados delitos de moralidad y de policía. No todos los delitos de derecho ofenden verdaderamente un derecho subjetivo y los derechos eventualmente ofendidos por algunos de ellos no son

creados por las normas del derecho penal. 52. Crítica de la opinión de Luden	205
---	-----

CAPÍTULO II

Teoría que concibe el delito como ofensa de intereses, según los casos, objetiva o subjetivamente protegidos
(Teoría de Merkel)

§ 1. Exposición de la teoría

53. Los delitos como ofensas de intereses generales de la sociedad. Los delitos como ofensas de derecho. Los delitos como ofensas de bienes e intereses especiales, públicos y privados, según los casos, protegidos objetivamente, o bien en la forma de derechos subjetivos. 54. Síntesis de las ideas de Merkel, expuesta por el mismo Merkel	211
--	-----

§ 2. Evaluación de la teoría

55. a) Imposible existencia de derecho objetivo sin derechos subjetivos. 56. b) Imposibilidad de intereses tutelados en modo puramente <i>objetivo</i> , es decir, haciendo abstracción de todo sujeto y sin concesión a alguien de un derecho subjetivo. 57. c) Inexactitud de la definición del derecho subjetivo como un poder jurídico individualizado. La diversa individualización de los derechos y las diversas formas de esta individualización. No toda individualización, sino sólo la del <i>sujeto activo</i> del poder jurídico es necesaria para la existencia del derecho subjetivo. Esta individualización existe siempre que hay un <i>poder jurídico de querer</i>	215
--	-----

PARTE II
TEORÍA

CAPÍTULO I

Consideraciones generales

58. Visión sumaria de los resultados de las investigaciones realizadas. Falta de un consentimiento unánime y completo de la moderna doctrina acerca de las partes sustanciales de cualquiera de las teorías expuestas. **59.** Mención de los defectos y de los errores de cada una de ellas. **60.** Méritos y aspectos de verdad contenidos en cada una de ellas. **61.** Plan de nuestra teoría 233

CAPÍTULO II

El "objeto" en sentido lógico.

El "objeto" de la ofensa delictuosa y de la tutela jurídica penal

62. Necesidad de determinar el sentido y el significado lógico de la palabra «objeto». **63.** El concepto lógico de objeto, según Oppenheim. **64.** Crítica de Wagner y nuestra. El significado de la palabra objeto en unión con un genitivo. **65.** Valor de las expresiones «objeto de la ofensa delictuosa» (delito) y «objeto de la tutela jurídica penal». Necesidad de la determinación de los conceptos jurídicos de *ofensa y tutela* para la determinación del concepto del objeto de una y de otra. **66.** El concepto jurídico de *ofensa del derecho* en general y de *ofensa delictuosa* en especial: sus presupuestos. **67.** El concepto de *tutela jurídica* en general y de *tutela jurídica penal* en particular: sus presupuestos. **68.** Objeto, en *sentido genérico* de ofensa delictuosa y de tutela jurídica penal, no puede ser sino el ser humano. Ulterior necesidad de distinguir entre el sujeto pasivo del delito (hombre o colectividad de hombres) y el objeto del delito *en sentido específico*: de que ella surja. El objeto del delito y de la tutela penal *en general*; el bien de la vida y el interés humano al bien de la vida 239

CAPÍTULO III

El "bien" y el "interés" humano en el "bien" de la existencia

69. Importancia de los conceptos de bien y de interés en la ciencia del derecho en general y en la ciencia del derecho penal en particular. Distinción entre el concepto psicológico o sociológico y el concepto jurídico del bien y del interés. **70.** El concepto del interés según Jhering y su crítica (en *nota*: el concepto de interés y de bien en la doctrina anterior a Jhering). **71.** Definición del interés según Gareis y su crítica. **72.** Definiciones del bien y del interés según von Liszt y su crítica. **73.** Definición del bien de Binding y su crítica. **74.** Definición del bien y del interés según Kessler: crítica. **75.** Interés y bien según Finger. Su crítica. **76.** Opinión de Bungler sobre los conceptos del bien y del interés y sobre su distinción. Crítica. **77.** Opinión de Jellinek y su crítica. **78.** Opinión de Vanni y su crítica. **79.** Opinión de Oppenheim y su crítica. **80.** Opinión de Wagner y su crítica. **81.** Nuestra opinión; el concepto de *necesidad*. **82.** El concepto del *bien*. **83.** El concepto de la *utilidad*. **84.** El concepto del *interés*. **85.** Diferencia entre interés, bien, utilidad. **86.** Diferencia entre interés y deseo. **87.** Relación entre «voluntad», interés, utilidad, bien, necesidad 253

CAPÍTULO IV

El delito como acción dañosa y peligrosa
(delito como lesión y como amenaza de bienes e intereses)

88. Partición de la materia 283

§ 1. El concepto del daño y el concepto del peligro

89. El concepto del daño en las varias ramas del derecho. El concepto del *daño civil o privado* y sus varias definiciones. Su inaplicabilidad en el campo del derecho en general y del derecho penal en particular. Su inexactitud, aun desde el punto de vista del derecho privado. **90.** El concepto del daño es un *concepto jurídico general*. Aspecto *jurídico*, aspecto *sociológico* (en particular *económi-*

co) y aspecto *psicológico* de la noción del daño. **91.** Definición del concepto (psicológico, sociológico y jurídico) del daño. Causa del daño. El daño resultante de una acción humana. **92.** Daño y lesión. Imposibilidad de distinguir el uno de la otra; identidad y correspondencia de estos conceptos. La distinción entre *daño efectivo* y *daño potencial*. Su inexactitud. Todo daño es daño efectivo; el llamado daño potencial es un daño efectivo parcial o es un peligro de daño. La distinción entre *daño* y *peligro*, única posible distinción. *Daño potencial o posible* y *peligro*. Conceptos y términos equivalentes. **93.** El concepto de *peligro*. Su importancia en las varias teorías del derecho penal. Relación entre el concepto de peligro y los de posibilidad y de probabilidad. **94.** La *teoría subjetiva del peligro*. Opiniones de Janka y de Finger (en *nota*: otros seguidores de la teoría subjetiva). **95.** La *teoría objetiva del peligro*: I. von Kries, Haelschner, Merkel, Oppenheim, Liszt, Meyer (en *nota*: otros seguidores de la teoría objetiva). **96.** Posibilidad y peligro. Determinación del concepto de posibilidad y de probabilidad. Posibilidad y causalidad. Existencia de la posibilidad y legitimidad científica de su concepto. El juicio de posibilidad: posibilidad *objetiva* y *subjetiva*. **97.** El concepto del peligro como posibilidad (o probabilidad) del daño. El juicio sobre el peligro: peligro *objetivo* y *subjetivo*. Peligro próximo y remoto. Peligro abstracto y concreto. Causa del peligro. El peligro resultante de una acción humana. **98.** Peligro y acción peligrosa. Peligro y amenaza. Peligro y temor. **99.** El peligro *efectivo*; sus especies: peligro pasado (corrido) y presente (actual, inminente). **100.** El peligro *potencial o eventual* como posibilidad o probabilidad de peligro (peligro de un peligro). Es siempre *futuro*. No es de simple previsión. Distinción del peligro efectivo. El juicio sobre la posibilidad del peligro. **101.** Peligrosidad del hecho y peligrosidad de la persona. Peligrosidad de la persona y temibilidad 283

§ 2. El daño o el peligro inmediato o directo resultante del delito

102. Cada delito como *acción* produce necesariamente un *resultado*. Qué se entiende por resultado (modificación del mundo exterior). Los varios posibles resultados del delito (daño, peligro, posibilidad de peligro). Resultados próximos y remotos. El resultado

(daño o peligro) inmediato o directo del delito. **103.** La distinción entre *delitos materiales* y *delitos formales*. Su inadmisibilidad. **104.** a) *Delitos de daño o de lesión*. **105.** b) *Delitos de peligro o de amenaza*. **106.** *Delitos y contravenciones*. Las varias teorías sobre la naturaleza jurídica de las contravenciones y sobre la distinción entre delitos y contravenciones. Su exposición y valoración crítica. **107.** El concepto de administración pública. Las finalidades o intereses de la administración. Actividad administrativa *jurídica* y actividad administrativa *social*: finalidades respectivas. **108.** El concepto de las contravenciones como acciones u omisiones contrarias a los intereses de la administración de Estado. Contravenciones de policía. Contravenciones financieras. Otras contravenciones. **109.** Contravenciones contrarias al interés del Estado en su actividad administrativa jurídica y contravenciones contrarias al interés del Estado en su actividad administrativa social: las primeras pueden traer consigo, además de *la lesión del interés de la administración*, o *la posibilidad de un peligro* o un *peligro efectivo* o un *daño efectivo* a otros bienes e intereses; las segundas pueden traer consigo no un *damnum emergens*, sino sólo un *lucrum cessans*. **110.** Las contravenciones como *delitos administrativos* y el derecho penal contravencional como *derecho penal administrativo*. Opiniones de Goldschmidt, Liszt y Raggi. Las contravenciones no son hechos ilícitos (delitos) de *derecho administrativo*, sino verdaderos y propios delitos y las penas contravencionales no son *obligaciones ex delicto* del derecho administrativo, sino verdaderas y propias penas. El derecho penal contravencional no es derecho administrativo sino verdadero y propio derecho penal. Este carácter no le es quitado por la excepcional existencia en materia contravencional de procedimientos penales administrativos. **111.** Existencia en las contravenciones de todos los elementos constitutivos y esenciales del delito: *acción*, *imputabilidad* (por dolo o culpa), *ilicitud* (penal), *daño y peligro* (inmediato y mediato). **112.** Delito no es el *genus proximum*, sino el *común denominador* de los delitos y de las contravenciones: inexistencia de una *differentia specifica* entre todos los delitos, por un lado, y todas las contravenciones, por el otro. Las contravenciones son, sin embargo, una clase de delitos distinta de cada una de las otras clases de delitos (clases de los delitos). Particular distinción entre *contravenciones y delitos contra la administración pública*. **113.** *Relaciones entre los delitos*

y las contravenciones: *a)* Pasaje de la contravención al delito. Su admisibilidad. Ejemplos. Varias posibles hipótesis. **114.** *b)* Pasaje del delito a la contravención. Su admisibilidad: ejemplos. **115.** Las contravenciones son delitos de daño o de lesión (lesión del interés de la Administración) no de peligro o de amenaza. No son delitos *formales*. **116.** Distinción de los delitos de acuerdo con el sujeto pasivo del delito mismo. Delitos contra el individuo y delitos contra la sociedad. Los tres posibles sujetos pasivos del delito (individuo, colectividad no personificada, persona jurídica) 327

§ 3. El daño y el peligro, mediato o indirecto, resultante del delito

117. El *daño* y el *peligro, mediato o indirecto*, resultante del delito. Su distinción del daño y del peligro *inmediato o directo*. **118.** Del delito deriva *indirectamente* no sólo un *daño social*, sino también un *peligro social*. **119.** *a)* *Daño social, mediato o indirecto, resultante del delito*. Su noción. Su relación con el daño y con el peligro inmediato o directo. No es propio sólo del delito, sino de todo ilícito jurídico. **120.** *b)* *Peligro social, mediato o indirecto, resultante del delito*. Su noción. El solo delito y la *delincuencia o criminalidad* como fenómeno social general. Cómo del solo delito ya cometido deriva psicológicamente, como efecto indirecto, el peligro de nuevos delitos. Los efectos *psicológicos* del delito: su multiplicidad y pro-teicidad; imposibilidad de su análisis científico. **121.** Tres distintos aspectos del peligro criminal: *a)* peligro de nuevos delitos por parte del reo (peligro de *reincidencia* y de *habitualidad criminal*); *b)* peligro de nuevos delitos por parte de la víctima y de sus causahabientes (peligro de *venganzas criminales privadas*); *c)* peligro de nuevos delitos por parte de terceros extraños al delito, es decir, de todos los ciudadanos en general (peligro del *contagio criminal*, peligro de públicas *represalias*). **122.** El peligro de nuevos delitos derivados psicológicamente del delito ya cometido es peligro de cualquier delito por parte de cualquier ciudadano. *Peligro social* y *ofensa de la seguridad social* son conceptos correlativos. No así *peligro social* y *turbación de la opinión de la seguridad social*; distinción y relaciones entre el *peligro social* y el *juicio sobre la existencia del peligro social*. **123.** *Peligro social* y *alarma social*: su distinción, sus relaciones. **124.** Incompletas formulaciones del concepto de

peligro social. La *desaprobación* no es un efecto psicológico característico del delito. **125.** El *peligro social mediato* es el producto del elemento *objetivo* y del elemento *subjetivo* del delito conjuntamente combinados. **126.** *Importancia real o causal e importancia sintomática del delito.* Importancia sintomática *general* e importancia sintomática *especial* del delito. **127.** *a)* Importancia sintomática *especial* (o individual) del delito. Su concepto. Los *síntomas* de la personalidad del reo. **128.** *b)* Importancia sintomática *general* (o social) del delito. Su concepto. La estadística criminal y su valor sintomático general. **129.** *Concepción realística o causal y concepción sintomática* del delito. Sus antítesis. Su imposible coordinación. Reducción y subordinación de la importancia sintomática (especial) a la importancia realística o causal del delito. **130.** *Delito e ilícito civil.* Las varias teorías sobre la *distinción entre el delito y el delito civil*: su exposición y valoración crítica. **131.** Teoría que niega la posibilidad de cualquier distinción o admite una distinción puramente *cuantitativa*. Su crítica: imposibilidad de conciliar la indistinta unidad del ilícito jurídico con la diversidad de sus consecuencias jurídicas, en particular de la pena y del resarcimiento del daño. El carácter común de *ilícitos jurídicos (genus proximum)* no quita la posibilidad de una *diferencia específica* entre delito e ilícito civil. **132.** Nuestra opinión. Caracteres *comunes* y caracteres *diferenciales* del delito y del ilícito civil: diferencias *formales* entre uno y otro (diversidad del objeto y de la consecuencia jurídica de la violación): diferencia *sustancial* entre uno y otro (existencia o inexistencia del *peligro social mediato*). Objeciones formuladas a este criterio y su confutación. **133.** Casos de existencia y casos de inexistencia del peligro social. **134.** Delito y hecho dañoso del incapaz (menor, loco) jurídicamente (penalmente). Sus caracteres comunes y sus diferencias. **135.** El juicio sobre la existencia del peligro social: *a)* individual; *b)* colectivo. La reserva al poder legislativo del Estado de la valoración del peligro social derivante de un cierto tipo de hechos (delitos). Los poderes del juez en la valoración del peligro social 399

CAPÍTULO V

El derecho penal como tutela de bienes e intereses

136. Transición. **137.** Naturaleza *teleológica* del derecho penal. La «finalidad» última del derecho penal: asegurar las condiciones fundamentales e indispensables de la vida en común. La vida en común como *convivencia y cooperación social* y las relaciones que nacen de ella: *posibles conflictos de intereses y de voluntad*. El derecho penal como *coordinación* de intereses y de voluntades y como *ordenamiento* de relaciones de la vida social. El derecho penal como *limitación de intereses* y como *limitación de libertad* (mediante un conjunto de imperativos). Lo *lícito jurídico*. El *ilícito jurídico*. La esfera de lo *jurídicamente obligatorio*; *deber jurídico* y *derecho subjetivo*: su correspondencia. Ulterior determinación del concepto de lo lícito y de lo ilícito jurídico. **138.** La «coacción» en el derecho penal: el derecho penal como *organización de lucha* contra intereses, voluntades o acciones humanas. La «tutela» en el derecho penal: el derecho penal como *órgano de tutela de intereses y de seguro o garantía de libertad*. **139.** La «pena» como medio *específico* de coacción y de tutela jurídica. El concepto de la pena: A) La pena desde el punto de vista sustancial: α) la pena, en el plano de la *amenaza*: concepto de la *amenaza penal*; β) la pena, en el plano de la *ejecución de la amenaza*: su concepto (*reacción estadual y jurídica, voluntaria, jurídicamente lícita y obligatoria y dañosa para la persona del reo*); B) La pena desde el punto de vista formal: α) la pena en el momento de la *sanción* o conminatoria legislativa (momento *legislativo* de la pena). Concepto de la *sanción jurídica penal*; β) la pena en el momento de la *aplicación de la sanción* (momento *jurisdiccional y administrativo* de la pena). Su concepto. **140.** En qué consiste la función de coacción y por ende de tutela, propia de la pena: A) Función de la pena en el momento de la amenaza, es decir, de la sanción penal; α) hacia los proclives a delinquir; β) hacia los no proclives a delinquir. La amenaza penal como *coacción psico-social* y su función de *prevención general*. **141.** Función de la pena en el momento de la ejecución de la amenaza, es decir, de la aplicación de la sanción penal. Dilucidaciones preliminares acerca de la posición del problema. **142.** Distinción entre la «finalidad» y el «modo de ser» de la pena. B) *Naturaleza y mo-*

do de ser de la pena: la pena como reacción, consecuencias que derivan. **143.** Finalidad de la pena: inexistencia de antítesis entre *pena retributiva* y *pena final* o *teleológica*. Distinción de las reacciones sociales y jurídicas desde el punto de vista de su *finalidad* (reacciones *reparativas*, *vengativas*, *defensivas* o *preventivas*). a) La pena no es una *reacción reparativa*: distinción entre *pena* y *reparación*; b) la pena no es una *reacción vindicativa*: distinción entre *pena* y *venganza*; c) la pena es una *reacción defensiva* o *preventiva* (defensa mediante reacción, prevención mediante represión). **144.** Ulteriores determinaciones de la finalidad de la pena como reacción defensiva o preventiva: 1) la pena es defensa de la existencia de la sociedad jurídicamente organizada (Estado) contra el peligro de la delincuencia por parte de todos los posibles futuros delincuentes. **145.** 2) La pena es reacción defensiva de la sociedad contra el peligro social de la criminalidad por parte de todos los posibles futuros delincuentes, pero sólo en cuanto este *peligro* se presente como *efecto* (psicológico y social) de la acción delictuosa cometida ya por el reo. **146.** La pena es *reacción defensiva*: a) contra el peligro de nuevos y futuros delitos por parte del reo (defensa contra el peligro de la reincidencia y de la costumbre y profesionalidad criminosa); b) contra el peligro de nuevos y futuros delitos por parte de la víctima del delito y de sus causahabientes (defensa contra el peligro de venganzas criminales privadas); c) contra el peligro de nuevos y futuros delitos por parte de los terceros extraños al delito, es decir, de todos los consociados en general (defensa contra el peligro del contagio y de la epidemia criminal y contra el peligro de reacciones sociales defensivas y vengativas, en particular de públicas represalias criminales). **147.** A) La pena como medio de prevención de nuevos delitos por parte del reo (prevención especial): a) prevención especial mediante *coacción física*: la *eliminación* del reo de la sociedad y la *selección artificial*: las penas *eliminativas* y *semi-eliminativas*; b) prevención especial mediante *coacción psíquica*: la *adaptación* del reo a la sociedad; adaptación mediante *intimidación*; adaptación mediante *corrección* o *enmienda*. Las penas *correccionales* (intimidativas y correctivas). B) la pena como medio de prevención de nuevos delitos por parte de la víctima y de sus causahabientes (prevención especial). La defensa contra el peligro de venganzas criminales privadas se realiza exclusivamente mediante *coacción psíquica*. C) La pena como medio de

prevención de nuevos delitos por parte de los terceros extraños al delito, es decir, de todos los consociados en general (*prevención general*). La prevención se realiza exclusivamente mediante *coacción psico-social*. Coacción psico-social: α) hacia los proclives a delinquir; β) hacia los no proclives a delinquir 462

CAPÍTULO VI

El delito como violación de los preceptos del derecho penal
(delito como acción penalmente ilícita)

148. Transición 487

§ 1. La ilicitud jurídica penal, en general

149. La ilicitud jurídica, en la cual consiste el delito, está siempre y sólo en la violación de un precepto del derecho penal (ilicitud jurídica *penal*). Ilícitud de derecho penal e ilicitud de derecho privado o público (*no penal*). **150.** La violación del derecho (derecho penal) no representa el resultado del delito y tampoco un elemento constitutivo del delito mismo, antes bien constituye la esencia misma y la naturaleza intrínseca del delito. **151.** La distinción entre *ilicitud jurídica "formal"* e *ilicitud jurídica "material"* (Liszt). La ilicitud jurídica penal, como toda otra ilicitud jurídica, es de carácter puramente *formal*. La así llamada ilicitud jurídica *material* no es sino el daño o el peligro de daño inmediato: como tal, representa un elemento constitutivo del delito que el juez debe verificar para afirmar la existencia del delito. Distinción y relaciones entre la ilicitud jurídica penal (llamada *formal*) y el daño y el peligro de daño inmediato (llamada ilicitud jurídica *material*). **152.** La ilicitud jurídica *material*, entendida como *antisocialidad* de la acción. Distinción entre la ilicitud jurídica penal (llamada ilicitud *formal*) y la antisocialidad de la acción (daño y peligro social mediato). Relaciones entre una y otra. El juez penal tiene facultad para juzgar, no sólo acerca de la ilicitud, o no ilicitud, jurídica penal de una acción, sino también acerca de su antisocialidad o no antisocialidad. **153.** Ilícitud jurídica penal e *injusticia* de la acción. La teo-

ría de Stammler y de Graf zu Dohna. Distinción y relaciones entre ilicitud jurídica penal e injusticia de una acción. El juez penal tiene facultad para juzgar, no sólo acerca de la formal ilicitud, o no ilicitud, jurídica penal de una acción, sino también acerca de su sustancial injusticia o no justicia 487

§ 2. Los elementos constitutivos de la ilicitud jurídica penal

154. Los elementos constitutivos (o condiciones de existencia) de la ilicitud jurídica penal. Para que una acción u omisión sea penalmente ilícita es necesario que concurren dos condiciones, una *positiva*, la otra *negativa*. **155.** A) *1ª Condición (positiva):* la acción u omisión debe ser *la violación de un precepto penalmente sancionado y por ende de un deber jurídico penalmente impuesto y de un derecho subjetivo penalmente tutelado: a) Violación de un precepto penalmente sancionado: 1º Preexistencia de un precepto penal.* El precepto penal, su concepto y sus caracteres: distinción y relaciones entre precepto y sanción penal. **156.** Fuente jurídica y ubicación del precepto penal: varias hipótesis. **157.** *2º Violación de un precepto penal.* Cuándo ocurre. Los elementos generales y especiales constitutivos de la violación del precepto penal (delito). **158.** *b) Violación de un deber jurídico penalmente impuesto y de un derecho subjetivo penalmente tutelado.* Inseparabilidad entre norma jurídica y deber jurídico, entre deber jurídico y derecho subjetivo. **159.** Naturaleza de la relación jurídica (deber y derecho creado por el precepto penal): *a) el precepto penal no funda relación jurídica alguna entre individuo e individuo (relación de derecho privado).* Al deber jurídico que el precepto penal crea en cada consociado de ningún modo corresponde un derecho por parte del sujeto del interés directamente ofendido por el delito (*derecho subjetivo privado*). Demostración de este principio. **160.** *b) El precepto penal funda en cambio una relación jurídica entre Estado (como soberano) y particular (relación de derecho público).* Al deber jurídico que el precepto penal crea en cada consociado corresponde un derecho del Estado hacia los súbditos a las acciones u omisiones impuestas por los preceptos penales, es decir, un derecho del Estado a la observancia, u obediencia, de los preceptos penales (*derecho subjetivo público*). Demostración de este principio. **161.** Objeciones contra la

existencia de tal derecho y su confutación. **162.** Naturaleza jurídica del derecho del Estado a la observancia, u obediencia, del precepto penal. **163.** B) *IIª Condición (negativa)*: la acción u omisión no debe obedecer a otra norma jurídica y por ende no tiene que significar ni el cumplimiento de un deber jurídico ni el ejercicio de un derecho subjetivo del agente 518

§ 3. La licitud jurídica penal

164. El concepto de la licitud jurídica penal, en general (falta de las condiciones de existencia de la ilicitud jurídica penal). Falta de la condición *positiva*: la licitud jurídica penal «normal». Falta de la condición *negativa*: la licitud jurídica penal «excepcional». **165.** A) *La licitud jurídica penal "normal"*. Su concepto (no contrariedad a un precepto penalmente sancionado). La esfera de lo *licito jurídico* (o de la *libertad jurídica*) penal; *el derecho subjetivo público individual de libertad* en materia penal. Licitud del derecho penal y licitud de derecho privado o público, no penal. **166.** B) *La licitud jurídica penal "excepcional"*. Su concepto. Sus condiciones: *Iª Condición*: existencia de un precepto de la ley penal que, en la generalidad de los casos, prohíbe bajo sanción penal una determinada acción. *IIª Condición*: existencia de una norma jurídica que, excepcionalmente, en determinadas circunstancias, manda o permite o no prohíbe la acción normalmente prohibida por la ley penal. **167.** Conflictos de intereses jurídicos y de derechos subjetivos y necesidad de su solución por parte del legislador. Criterio de su solución. El principio jurídico de la prevalencia del interés socialmente más importante. **168.** La exclusión legislativa de la ilicitud jurídica penal. Los preceptos penales son reglas que admiten excepciones. También estas excepciones están dadas por las normas jurídicas. Normas *positivas* y normas *negativas o excepcionales* en el campo del derecho penal. **169.** Varias especies de normas negativas de los preceptos penales. Normas negativas *imperativas, prohibitivas y permisivas*. Normas negativas consistentes en *prohibiciones de punir* ciertas acciones y, por ende, en *no prohibiciones* penales de las acciones mismas. En qué sentido ellas se resuelven en normas permisivas. **170.** *Normas directamente y normas indirectamente negativas de los preceptos penales*: estas últimas, como normas

prohibitivas de la punición, son normas directamente negativas de la sanción penal. *Normas negativas del precepto y normas negativas de la sanción penal*: su distinción y sus relaciones. **171.** Las normas negativas de los preceptos penales son siempre por un lado permisiones y por el otro mandatos o prohibiciones, o viceversa, y por ende fundan conjuntamente derechos subjetivos y deberes jurídicos correspondientes. **172.** *Normas negativas de derecho penal y normas negativas de derecho privado o público* (normas negativas no penales). Las normas negativas de derecho privado o público nunca pueden consistir en simples *no prohibiciones*. Ellas se aplican sólo a aquellos hechos que son, al mismo tiempo, delitos y hechos ilícitos de derecho privado o de derecho público. **173.** Las normas negativas de los preceptos penales, sean o no penales, no pueden ser sino normas de la ley (*ley material y formal*, o sólo *formal*, o sólo *material*) (reglamentos, decretos-ley, tratados internacionales). Nunca normas *consuetudinarias*. **174.** Las lagunas legislativas en materia de licitud jurídica penal excepcional, es decir, de exclusión de la ilicitud jurídica penal. *Dos hipótesis*: 1º El caso controvertido está abarcado por la *palabra* pero no por el *sentido* de una disposición de la ley *negativa* de un precepto penal. No es hipótesis de laguna. Admisibilidad, en tal hipótesis, de la interpretación extensiva de la disposición de ley (art. 3, D.P. Cód. Civ.); 2º El caso controvertido no está abarcado ni por la *palabra* ni por el *sentido* de una disposición de la ley *negativa* de un precepto penal. Es hipótesis de verdadera y propia laguna legislativa. Si, y en qué modo, es posible la integración de tal laguna. Nuestra opinión: admisibilidad del uso de la *analogía* y del recurso a los *principios generales del derecho* (art. 3, D.P. Cód. Civ.). Razón de tal admisibilidad: las normas negativas de los preceptos penales son normas, no de *derecho excepcional* (art. 4, D.P. Cód. Civ.) sino de *derecho común* 550

CAPÍTULO VII

Bienes jurídicos e intereses jurídicos en el derecho penal

175. Objeto del delito y objeto de la tutela jurídica penal. Objeto *sustancial* y objeto *formal* del delito. **176.** a) El objeto *sustancial*

del delito (u objeto de la tutela jurídica penal). Objeto sustancial *genérico y específico* del delito. **177.** *b)* El objeto *formal* del delito: **178.** Relaciones entre objeto *genérico* y objeto *específico*, entre objeto *sustancial* y objeto *formal* del delito. **179.** El objeto sustancial específico del delito, en particular. *a)* Si el derecho penal tutela *bienes o intereses*. **180.** *b)* Si tutela bienes e intereses *individuales o colectivos*. **181.** *c)* Si tutela bienes e intereses *simples* o bienes e intereses *jurídicos*. **182.** *d)* Si tutela bienes e intereses no constituyentes o constituyentes de *derechos subjetivos*. **183.** *e)* Si tutela los bienes y los intereses humanos objetivamente o subjetivamente (en la forma de derechos subjetivos). **184.** «*Interés jurídico*» y «*bien jurídico*» en el campo del *derecho penal*. La noción del *interés jurídico* en el *derecho penal*. Sus elementos constitutivos (sujeto, interés, interés y derecho coincidente del Estado, norma jurídica, falta de poder jurídico del sujeto). La noción del *bien jurídico* en el *derecho penal*. Relación entre *interés jurídico* y *bien jurídico*. **185.** *Bien jurídico* e *interés jurídico* son existencias reales, no ya meros conceptos. **186.** Son susceptibles, como tales, de ofensa y de tutela. **187.** Opinión de Hirschberg según la cual el *bien jurídico* es siempre y exclusivamente un «estado». Su crítica. **188.** Atinencias y diferencias entre *interés* y *bien jurídico* y *derecho subjetivo*. *a)* La noción del *derecho subjetivo*. Sus elementos constitutivos (sujeto individualizado, interés, voluntad, norma jurídica, poder jurídico del sujeto). **189.** Las tres categorías fundamentales de *derechos subjetivos* y su concepto (facultad de exigir, de actuar, de ser). **190.** *b)* Relaciones y diferencias entre *interés jurídico* y *derecho subjetivo*. **191.** *c)* Relaciones y diferencias entre *bien jurídico* y *derecho subjetivo* 573

CAPÍTULO VIII

El sistema de los bienes y de los intereses jurídicos
en relación con el sistema de los delitos en particular

192. La clasificación de los delitos desde el punto de vista de su objeto (objeto de la tutela penal, específico de los delitos). **193.** La naturaleza jurídica de los delitos específicos deducida de la naturaleza de los bienes y de los intereses jurídicos ofendidos por los

delitos mismos. *a)* Determinación del objeto de ofensa y de tutela de los delitos específicos. *b)* Determinación de la naturaleza de los bienes e intereses jurídicos ofendidos. **194.** La partición sistemática de los delitos deducida de la partición sistemática de los bienes y de los intereses jurídicos ofendidos. El *sistema* de los bienes y de los intereses jurídicos, en relación con el *sistema* de los delitos en especie. 1º Bienes e intereses jurídicos *individuales* y *colectivos*. 2º Ulterior partición de los bienes e intereses jurídicos colectivos, desde el punto de vista de su sujeto. Las cinco categorías fundamentales de los bienes y de los intereses jurídicos. **195.** I. *Bienes e intereses jurídicos del individuo*. Su partición y criterios que la determinan. A) *Bienes personales físicos o materiales*. B) *Bienes personales morales o inmateriales*. C) *Bienes patrimoniales* (reales y personales). D) *Bienes mixtos, patrimoniales* (reales) *y no patrimoniales*. **196.** II. *Bienes e intereses jurídicos de la familia*. A) *Bienes e intereses* de la sociedad conyugal. B) *Bienes e intereses* de la sociedad parental. **197.** III. *Bienes e intereses jurídicos de la sociedad*. **198.** IV. *Bienes e intereses jurídicos del Estado*. 1º Bienes e intereses públicos del Estado (Estado nacional): *a)* Bienes e intereses políticos (constitucionales e internacionales) del Estado. *b)* Bienes e intereses administrativos del Estado. *c)* Bienes e intereses judiciares o jurisdiccionales del Estado. 2º Bienes e intereses públicos del individuo. 3º Bienes e intereses públicos de un Estado extranjero. **199.** V. *Bienes e intereses jurídicos de la sociedad de los Estados o comunidad internacional* 599