

La teoría del Delito
en la
discusión Actual

Tomo I

E D I T O R A J U R Í D I C A G R I J L E Y

Claus Roxin

La teoría del Delito
en la
discusión Actual

Tomo I

Traducción de
Manuel A. Abanto Vásquez

GRILEY

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente sin permiso expreso de la Editorial.

© 2016, **La teoría del delito en la discusión actual (Tomo I)**

© 2016, Claus Roxin

© 2016, Editora y Librería Jurídica Grijley

www.grijley.com

Jr. Azángaro 1077 - Lima

Tfís.: 321-0258 • 427-1881

mentejuridica@hotmail.com

Av. Francisco Lazo 1924 - Lince

Tfís.: 265-2739

Cel.: 985770709

info@grijley.com

Av. Tingo María 1330

Tfís.: 337-5252 • 666-0714

elay_grijley@hotmail.com

Composición e Impresión: Editora y Librería Jurídica
Grijley E.I.R.L.

Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N° 2015-15531
ISBN: 978-9972-04-503-5

Tiraje: 1,000 ejemplares

Índice

<i>Abreviaturas</i>	xix
<i>Presentación</i>	xxv

LA CIENCIA JURÍDICO-PENAL ANTE LAS TAREAS DEL FUTURO

I. Panorama	1
II. La dogmática penal y procesal penal como tarea incesante de nuestra ciencia	2
III. Antiguos y nuevos campos de trabajo.....	5
IV. Las bases supranacionales del Derecho penal	13
V. Asesoramiento a la jurisprudencia y a la legislación.....	19
VI. Política criminal científica	24
VII. La labor en el Derecho penal supranacional.....	27
1. El desarrollo científico del Derecho internacional penal....	27
2. ¿Necesitamos un Código penal para Europa o para la Unión Europea?	28
3. ¿Necesitamos un Código penal tipo europeo?.....	30
4. Objetos para una regulación en toda Europa	31
VIII. Conclusión	34

ACERCA DE LA CONSOLIDACIÓN
POLÍTICO-CRIMINAL
DEL SISTEMA DE DERECHO PENAL

I.	Acerca de la teoría del injusto	35
1.	Libertad valorativa de las concepciones causal y final en el ámbito del injusto.....	35
2.	La teoría funcional del injusto como teoría de la imputación derivada de la tarea del Derecho penal que es fundamentada por la Política criminal y está abierta a lo empírico	36
3.	Objeciones	39
II.	Acerca de la teoría de la responsabilidad	41
1.	Su deducción de la teoría de los fines de la pena y la inclusión de la idea de prevención	41
2.	Consecuencias prácticas y su compatibilidad con el ordenamiento jurídico.....	43
3.	Objeciones	46

POLÍTICA CRIMINAL Y
DOGMÁTICA PENAL HOY EN DÍA

I.	Introducción.....	51
II.	La importancia de las teorías de la pena.....	53
1.	Mi propia posición.....	53
2.	El planteamiento de la teoría de sistemas.....	57
III.	Elementos limitadores de la pena según la política criminal...	60
1.	Mi propia posición.....	60

2.	La dogmática teórico-sistémica y limitación de pena.....	63
IV.	La importancia de los objetos	66
1.	La limitación de la atribución a través de los hechos	68
2.	La naturaleza de las cosas como medio de concreción	70
3.	La fuerza formadora de estructuras de los hechos vitales ..	71
4.	La receptividad de las categorías dogmáticas para el empirismo	72
V.	Acerca del debate minimalista	74

CAMBIOS EN LA TEORÍA DE LOS FINES DE LA PENA

I.	Las teorías tradicionales de la pena.....	79
II.	La síntesis entre prevención y justicia como parámetro guía de la teoría de la pena.....	81
III.	La diversificación de los aspectos preventivos de los fines de la pena.....	83
1.	La prevención especial	83
2.	La prevención general.....	88
IV.	La diferente acentuación de los fines de la pena en los estadios de la realización del Derecho penal.....	91
1.	Las conminaciones penales.....	91
2.	La imposición de sanciones.....	92
3.	La ejecución de la pena	93
V.	El autor como parte activa en la realización de los fines de la pena.....	95
VI.	Resumen	97

EL INJUSTO PENAL EN EL CAMPO DE TENSIONES
ENTRE LA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS
Y LA LIBERTAD INDIVIDUAL

El injusto penal en el campo de tensiones entre la protección
de bienes jurídicos y la libertad individual 99

OBSERVACIONES A LA
PROHIBICIÓN DE REGRESO

I. Las teorías antiguas 119

II. Teorías recientes 121

 1. El principio de la propia responsabilidad según WELP ... 122

 2. El principio de la capacidad de dirección en OTTO..... 124

 3. El desnivel de injusto entre el dolo y la imprudencia
 en WEHRLE..... 126

III. La prohibición de regreso como problema de la teoría
 general de la imputación 129

IV. Intentos de determinar el riesgo permitido en el primer
 actor no doloso 133

 1. La peligrosidad inmanente de una infracción del
 cuidado 133

 2. Puntos de referencia concretos para la proximidad
 de un hecho doloso..... 134

 3. La promoción de una persona reconociblemente
 resuelta a cometer el hecho..... 134

 4. Acciones primarias, cuyo sentido objetivo solamente
 puede servir para la comisión de un delito 135

V. La promoción de la inclinación hacia el hecho como criterio
 de imputación para el primer actuante..... 136

1. La fundamentación del criterio.....	136
2. Los efectos prácticos.....	138
3. Tomas de posición en la literatura	142
4. ¿Exclusión de acciones de la vida cotidiana?.....	143
5. ¿Amplia imputación de culpa en los garantes?	145

ACERCA DE LA IMPUTACIÓN DEL RESULTADO
EN LOS CURSOS CAUSALES PUESTOS
EN MARCHA ANTICIPADAMENTE

I. Jurisprudencia y doctrina dominante.....	150
II. ¿Puede ya un acto preparatorio sostenido por la resolución a cometer el acto fundamentar un dolo consumado del hecho?..	153
III. ¿Puede ya la tentativa inacabada sostener un hecho doloso consumado, o sino se necesita aún que haya una tentativa acabada?.....	156
IV. Soluciones diferenciadoras	165
V. Resumen.....	167

ACERCA DE LA NORMATIVIZACIÓN
DEL DOLUS EVENTUALIS Y LA DOCTRINA
DEL PELIGRO DE DOLO

Acercas de la normativización del dolus eventualis y la doctrina del peligro de dolo.....	169
--	-----

ACERCA DEL ERROR EN EL DERECHO PENAL

I. Los tipos de error	191
II. El error de tipo.....	193

1.	Los efectos del error de tipo.....	193
2.	El error de tipo en los elementos descriptivos y normativos	193
3.	El error de subsunción no es un error de tipo	194
4.	¿Qué tan clara debe ser la representación de cada una de las circunstancias del hecho?	196
5.	Error de tipo y las dudas	197
III.	El error de prohibición	198
1.	Objeto y tipos de error de prohibición	198
2.	¿Qué tan claro debe ser el conocimiento de la prohibición?	201
3.	La problemática político-criminal del tratamiento del error de prohibición.....	202
4.	La vencibilidad del error de prohibición	203
5.	¿Pueden las dudas sobre el injusto fundamentar un error de prohibición?	208
6.	¿El error de prohibición invencible debe ser invencible en el momento del hecho?.....	210
7.	El error de mandato [Gebotsirrtum] en caso de omisiones.	211
IV.	El error sobre circunstancias justificantes	213
V.	El error sobre circunstancias exculpantes	218

LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN
Y DE EXCULPACIÓN Y SU DELIMITACIÓN
DE OTRAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA PENA

I.	Introducción.....	221
II.	La idea fundamental de la delimitación entre justificación y exculpación.....	224

III.	Cuestiones controvertidas en la explicación de la justificación y la exculpación	225
	1. El principio de la justificación	225
	2. El principio de la exculpación.....	226
IV.	La importancia práctica de la diferenciación entre antijuricidad y culpabilidad.....	229
	1. La importancia de la doble vía	229
	2. La importancia para la punibilidad de la participación ...	229
	3. La importancia para el derecho de legítima defensa	231
	4. La importancia para el tratamiento del error.....	233
V.	Intentos por relativizar la diferencia entre injusto y culpabilidad.....	234
	1. La teoría unitaria en el estado de necesidad	234
	2. La teoría de Maurach de la responsabilidad por el hecho..	236
	3. La teoría del espacio libre de Derecho	238
	4. La teoría de las causas de exclusión del injusto penal.....	241
VI.	Causas de exculpación y de exclusión de la pena.....	246
VII.	Resumen	251

ACERCA DEL CONSENTIMIENTO
EN EL DERECHO PENAL

I.	Sobre el estado actual de la teoría del consentimiento	253
II.	El consentimiento como causa de exclusión del tipo	260
III.	Tipos sin posibilidad o con posibilidad limitada de un consentimiento.....	273

IV. Declaración, objeto, momento y revocación del consentimiento.....	281
---	-----

EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y SUS CAMBIOS

El principio de culpabilidad y sus cambios.....	287
---	-----

EL ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE SEGÚN EL ART. 35 DEL STGB

I. Ubicación sistemática según el contenido teleológico de la regulación	311
II. El peligro actual, no conjurable de otro modo	318
III. Bienes jurídicos susceptibles del estado de necesidad.....	322
IV. El círculo privilegiado de personas	326
V. El actuar para evitar el peligro.....	328
VI. La denegación de excluir de responsabilidad según el art. 35, primer párrafo, 2.....	329
1. Acerca de la ratio de la excepción contraria.....	329
2. La relación jurídica especial.....	332
3. El peligro causado por uno mismo	335
4. Otros casos de exigibilidad de soportar peligros.....	341
5. La medición de la pena en caso de exigible tolerancia de peligros.....	343
VII. La suposición errónea de una situación de estado de necesidad.....	344
VIII. La participación en el hecho en estado de necesidad	348

ACERCA DEL FUNDAMENTO PENAL
DE LA TENTATIVA

I.	La tentativa como puesta en peligro cercana al tipo o infracción cercana al tipo de la norma, que causa una conmoción jurídica (teoría de la unificación).....	352
II.	Las teorías objetivas de la tentativa.....	358
III.	Las teorías subjetivas de la tentativa	360
IV.	La teoría de la impresión	366

ACERCA DE LA TENTATIVA
EN EL DERECHO PENAL

A.	La delimitación entre actos preparatorios y tentativa.....	370
I.	La resolución hacia el hecho.....	371
1.	Resolución y dolo	371
2.	Resolución no eventual y eventual	371
II.	El inicio de la ejecución	373
1.	La tentativa inacabada del autor inmediato.....	373
2.	El inicio de la ejecución en la tentativa acabada, en la autoría mediata y en las omisiones	382
3.	El comienzo de la ejecución en la tentativa del coautor ..	392
B.	El desistimiento de la tentativa.....	393
I.	La tentativa fracasada (Fehlgeschlagen)	394
II.	La tentativa que alcanza su objetivo	397
III.	El desistimiento como tarea en la tentativa inacabada	398
IV.	El desistimiento como impedimento del resultado en la tentativa acabada	401

V.	La voluntariedad del desistimiento	405
1.	La teoría psicológica y normativa.....	405
2.	La insostenibilidad de la concepción psicológica.....	408
3.	Acerca de la fundamentación de la concepción normativa de la voluntariedad	410

LA DELIMITACIÓN ENTRE TENTATIVA INIDÓNEA Y DELITO PUTATIVO

1.	La idea fundamental básica y el campo de delimitación problemático	413
2.	El ámbito no discutido	414
a)	Errores en los hechos no llevan (casi) nunca a un delito putativo.....	414
b)	La suposición de tipos no existentes como delito putativo.....	415
c)	El desconocimiento de causas de justificación y de otros obstáculos de punición como delito putativo	415
d)	La extensión desmesurada de los conceptos típicos como delito putativo.....	416
3.	El ámbito discutido: errores que perjudican a uno mismo en el campo previo al tipo.....	418
a)	La constelación de casos	418
b)	La teoría del efecto fundamentador de la tentativa del error en el campo previo	421
c)	La teoría de la impunidad de todos los errores autoinculpantes.....	424
d)	La teoría de la deducción a la inversa.....	425
e)	La acertada solución diferenciadora.....	430

f) Acerca de la jurisprudencia en el ámbito de los errores en el campo previo..... 433

LAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN EN EL DELITO:
EL ESTADO ACTUAL DE LA DISCUSIÓN

I. Introducción..... 437

II. La jurisprudencia..... 438

 1. La autoría inmediata..... 438

 2. La autoría mediata..... 439

 3. La coautoría..... 441

 4. La inducción..... 442

 5. La complicidad..... 443

III. La ciencia..... 443

 1. Las cuestiones fundamentales de la delimitación entre autoría y participación..... 443

 2. Cuestiones particulares..... 448

ACERCA DEL FUNDAMENTO PENAL
DE LA PARTICIPACIÓN

I. Lo irrealizable de independizar plenamente el injusto de la participación..... 455

II. Elementos independientes, no accesorios del injusto de la participación..... 460

 1. La participación punible presupone que el bien jurídico lesionado por el autor también está protegido frente al partícipe..... 462

 2. La participación punible presupone que el partícipe tenga por sí mismo el dolo de realizar el tipo..... 465

3.	La participación punible presupone que el partícipe admita en su dolo también la realización de intenciones relacionadas con el bien jurídico.....	467
4.	La inducción punible presupone una incitación dirigida a un objetivo	470
5.	La complicidad presupone una referencia delictiva de sentido	472
III.	El ataque al bien jurídico y la imputación objetiva	475

DIRECCIÓN DE LA ORGANIZACIÓN COMO AUTORÍA MEDIATA

I.	Introducción.....	479
II.	El rechazo de la coautoría	482
III.	El rechazo de la instigación	484
IV.	La fundamentación de la autoría mediata en los casos de dominio de la organización	486
V.	Los presupuestos del dominio de la organización	488
	1. Poder de mando	488
	2. El apartamiento del Derecho del aparato de poder.....	489
	3. La fungibilidad de los ejecutores directos	490
	4. La esencialmente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor.....	493
VI.	Palabras finales	495

¿QUÉ ES LA COMPLICIDAD?

I.	La causalidad de la complicidad	497
	1. Nuestra propia opinión.....	497

Índice

2.	La fórmula jurisprudencial de la promoción	499
3.	La complicidad como delito de peligro.....	502
4.	La complicidad psíquica.....	504
II.	La complicidad como incremento causal del riesgo.....	510
III.	La complicidad como incremento causal del riesgo jurídicamente desaprobado. Acerca de la punibilidad de las «acciones cotidianas»	515
1.	El aportante conoce la resolución delictiva del autor	516
2.	El aportante solo cuenta con una conducta delictiva del autor.....	520

EL DESARROLLO DEL DERECHO PENAL EN EL SIGUIENTE SIGLO

I.	Circunstancias que dificultan un pronóstico.....	523
II.	Circunstancias que facilitan un pronóstico	524
III.	Cinco tesis.....	425
IV.	El Derecho penal todavía existirá dentro de cien años	526
1.	No será posible una supresión del Derecho penal.....	526
2.	Tampoco es de esperar una reducción de la criminalidad mediante controles sociales reforzados.....	528
V.	Sobre la europeización y la globalización del Derecho penal..	530
VI.	Se incrementará el número de disposiciones penales y de los atentados contra ellas.....	532
VII.	Pese a todo las penas serán más leves.....	533
VIII.	La pena será completada en el futuro por una variedad de otras reacciones a la conducta punible.....	536

1. Nuevas penas.....	536
2. Nuevas medidas de seguridad.....	537
3. Sanciones orientadas en la libre voluntad.....	539
4. Las sanciones contra entes colectivos.....	542
IX. Resumen	543

Abreviaturas



AG [Amtsgericht]	Juzgado Municipal, Juez de Paz
AcP [Archiv für civilistische Praxis]	Archivo de Práctica Civil
AIFO [AIDS-Forschung]	Investigaciones sobre el SIDA
AO [Abgabenordnung]	Ordenamiento Tributario
AT [Allgemeiner Teil]	Parte general
BayObLG	Tribunal Supremo del Land de Baviera
BGB	Código Civil alemán
BGH [Bundesgerichtshof]	Tribunal Federal [Supremo] Alemán (TFA)
BörsenG	Ley de la Bolsa de Valores
BOF [Banz.]	Boletín Oficial de la Federación
BGHR	Jurisprudencia del TFA editada por magistrados
BT [Besonderer Teil]	Parte especial
BT-Drucks.	Impresos del Bundestag
CC [BGB]	Código Civil
C. de C. [HGB]	Código de Comercio

conf. [zust.]	de conformidad con esto
DAR [Deutsches Autorecht]	Derecho Automovilístico alemán (revista)
DStR [Deutsches Steuerrecht]	Derecho tributario alemán (revista)
DVBl [Deutsche Verwaltungsblatt]	Papeles de la Administración Alemana
DTJ [Deutscher Juristentag]	Jornada Alemana de Juristas
edit. [hrsg.]	director, coordinador de la obra
EGGVG	Ley introductoria sobre la organización de los tribunales
EGStGB	Ley introductoria al Código penal
Festschrift [FS]	Libro-Homenaje a
FK [Frankfurter Kommentar zum GWB]	Comentarios de Fráncfort a la GWB
GA [Goldammer's Archiv]	Archivos de Goldamm de Derecho Penal (revista)
GenG	Ley de Cooperativas
GewO	Reglamento de industrias
GG [Grundgesetz]	Ley Fundamental [Constitución]
GS (Gedächtnisschrift)	Libro Conmemorativo a
GVG	Ley de Organización de los Tribunales
GWB	Ley alemana sobre prácticas restrictivas de la competencia
HESt	Sentencias en última instancia de los Tribunales Superiores del Land en asuntos penales
HWiStR	Diccionario de Derecho penal económico y Derecho tributario
JA [Juristische Arbeitsblätter]	Papeles jurídicos de trabajo (revista)

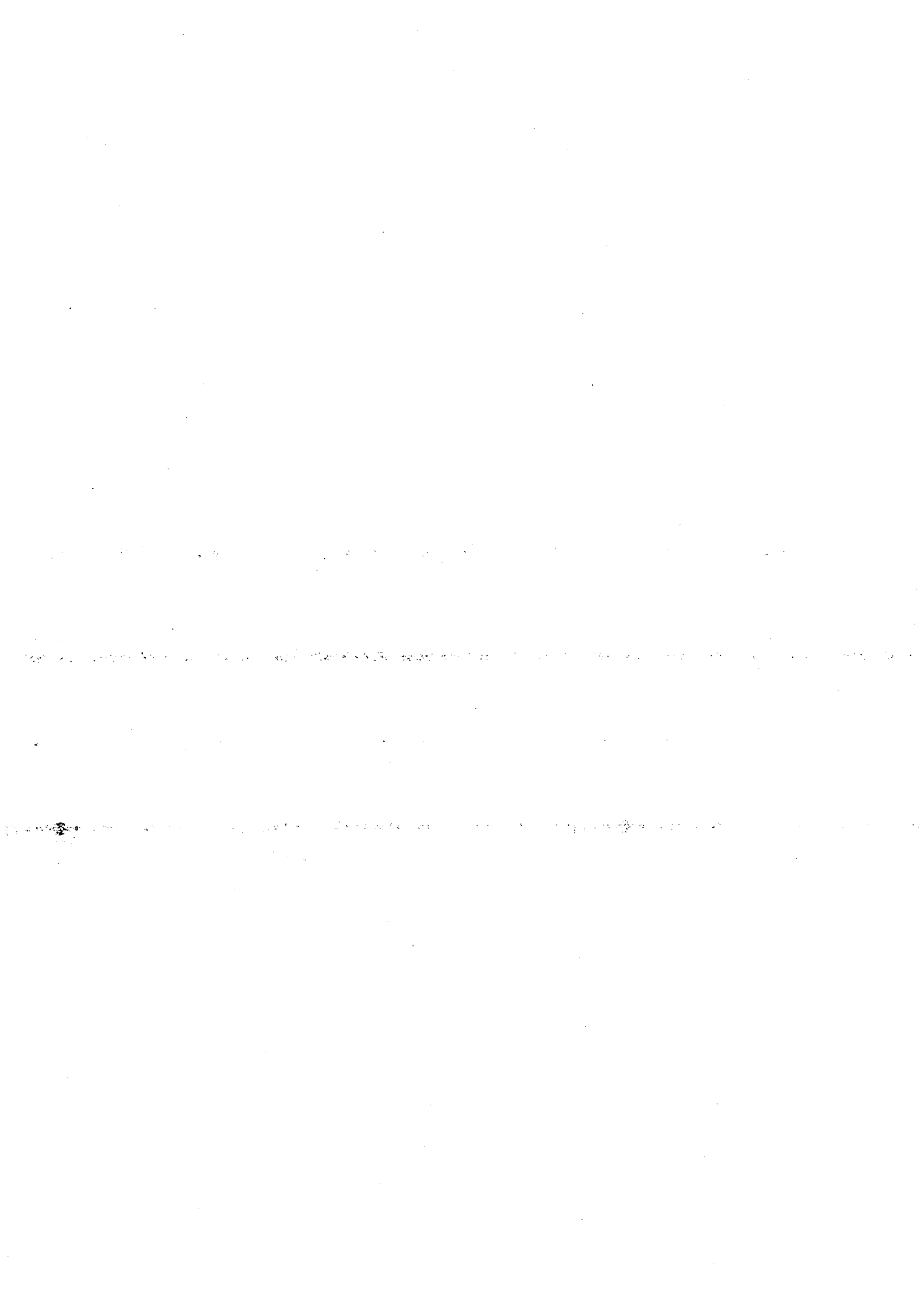
Abreviaturas

JR [Juristische Rundschau]	Panorama Jurídico (revista)
JRE [Jahrbuch für Recht und Ethik]	Anuario de Derecho y Ética (revista)
Jura [Juristische Ausbildung]	Formación jurídica (revista)
JuS [Juristische Schulung]	Educación jurídica (revista)
JZ [Juristenzeitung]	Periódico de Juristas (revista)
KritJ [Kritische Justiz]	Justicia Crítica (revista)
L. C. [GS]	Libro-Commemorativo
JW [Juristische Wochenschrift]	Semanario Jurídico
LG [Landsgericht]	Tribunal del Land (o Tribunal Estadual)
L. H.	Libro-Homenaje
LK [Leipziger Kommentar]	Comentarios de Leipzig al Código penal
MDR [Monatsschrift für Deutsches Recht]	Revista Mensual de Derecho Alemán
MedR [Medizinrecht]	Derecho Médico (revista)
MschKrim [Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform]	Revista mensual de Criminología y Reforma Penal
MK [Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch]	Comentario Muniqueés al Código penal
NJ[Neue Justiz]	Justicia Nueva (revista)
NJW [Neue Juristische Wochenschrift]	Nuevo Semanario Jurídico (revista)
NK [Nomos Kommentar]	Comentario de la editorial Nomos al Código penal
NStZ [Neue Zeitschrift für Strafrecht]	Nueva Revista de Derecho Penal
NZV [Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht]	Nueva Revista de Derecho del Tráfico Vehicular

ÖRiZ [Österreichische Richterzeitung]	Periódico austriaco de Jueces
OGH	Tribunal Supremo alemán para la zona de ocupación británica
ÖJZ [Österreichische Juristen-Zeitung]	Revista Austriaca de Juristas
OLG	Tribunal Superior del Land (o Estadual)
OWiG	Ley sobre infracciones administrativas o “contravenciones”
PE [BT]	parte especial
PG [AT]	parte general
RG [Reichsgericht]	Tribunal del Reich (o del Imperio)
ROW [Recht in Ost und West]	Revista de Derecho comparado y problemas jurídicos interzonales
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SchwZStrafR [Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht]	Revista Suiza de Derecho Penal
s. penal	colección de sentencias penales
SK [Systematischer Kommentar]	Comentario Sistemático (al Código penal alemán)
StGB [Strafgesetzbuch]	Código penal (alemán)
StPO [Strafprozessordnung]	Ordenamiento procesal penal (alemán)
StraFo [Strafverteidiger-Forum]	Foro del defensor penal (revista)
StV [Strafverteidiger]	Defensor Penal (revista)
SubvG	Ley contra la utilización abusiva de subvenciones
StVollzG	Ley de Ejecución Penal
TF suizo, jurisp. [BGE]	sentencias del Tribunal Federal suizo

Abreviaturas

TFA [BGH]	Tribunal Federal (Supremo) alemán
TFA _{adm.} [BVerwG]	Tribunal Federal Administrativo
TFA- Jurisp. [BGHR]	Jurisprudencia del TFA en asuntos penales
TFA, col. civil [BGHZ]	sentencia del Tribunal Federal alemán en materia civil
TFA, col. penal [BGHSt]	sentencia del Tribunal Federal alemán en materia penal
TFA _{adm.} , jurisp. [BVerwGE]	sentencias del Tribunal Federal (alemán) administrativo
TFC [BVerfG]	Tribunal Federal Constitucional
TFC, jurisp. [BVerfGE]	sentencias del Tribunal Constitucional Federal
TFS, jurisp., (BSGE)	sentencias del Tribunal Federal Social (alemán)
TR, col. penal [RGSt]	sentencias del Tribunal del Reich en asuntos penales
TSL	Tribunal Superior del Land (Estado Federado) de
T. Land	Tribunal del Land (Estado Federado) de
vers. ant. [a. F].	versión antigua
VRS [Verkehrsrechts-Sammlung]	Colección de Derecho de la Circulación
VwVfG	Ley de procedimientos administrativos
ZfRV [Zeitschrift für Rechtsvergleichung]	Revista de Derecho Comparado
ZStW [Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft]	Revista de todas las Ciencias Penales



Presentación



En el año 2007 se publicó la primera edición de *La teoría del delito en la discusión actual*. En aquella ocasión no se incluyeron dos estudios publicados anteriormente en la primera colección de artículos del maestro alemán que tuve el honor de traducir, y que fuera publicada en Lima en agosto de 1998 con el título *Dogmática penal y política criminal*. Ambos artículos me parecen, sin embargo, fundamentales, pues resumen las ideas centrales de *Claus Roxin* tanto en cuanto a su propio sistema penal funcional abierto a los principios político-criminales (“La consolidación político-criminal del sistema de Derecho penal”), como también en su evaluación (pronóstico) de las tendencias modernas y desarrollos futuros de nuestra disciplina (“El desarrollo del Derecho penal en el siguiente siglo”). Y los dos artículos tienen plena vigencia en la actualidad y constituyen por ello el inicio y el final de la recopilación presentada en este primer tomo.

Se espera continuar así con la difusión de las ideas del eminente científico alemán en el medio hispanoparlante, y sobre todo de procurar que estas lleguen a los más amplios sectores del público interesado. Hago este hincapié porque, si bien en los últimos años se ha “democratizado” un poco más el acceso a la literatura especializada gracias en gran parte a la publicación de las traducciones en los propios países de los lectores interesados, esta situación dista aún de ser satisfactoria. He sido testigo de este proceso de “democratización” del acceso a la literatura jurídico-penal ya desde mi época de estudiante. En el caso concreto de las obras de *Claus*

Roxin, como es sabido, ellas comenzaron a traducirse gracias a la iniciativa de ilustres penalistas españoles ya en los años 70 del siglo XX (¡hace más de cuarenta años!). Los lectores españoles y los escasos conocedores y especialistas latinoamericanos que tenían algún acceso a las librerías españolas, recordarán especialmente los primeros libros publicados en España: *Política criminal y sistema del Derecho penal* (primera edición al español traducida por Francisco Muñoz Conde, Barcelona, 1972; segunda edición con adiciones, Buenos Aires, 2000) y *Problemas básicos del Derecho penal* (traducido por Diego Manuel Luzón Peña, ed. Reus, Madrid, 1976). En los años 80 y 90, se publicaron una serie de artículos y contribuciones en revistas españolas y latinoamericanas, así como su monografía “Autoría y dominio del hecho” (primera edición en español en 1998, traducida por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzales de Murillo; sétima edición, 2000). A finales del siglo XX fue de vital importancia la publicación de su manual *Derecho penal. Parte general* (traducción de la segunda edición alemana por Diego Manuel Luzón Peña y otros, ed. Civitas, 1997). Pero la situación era desigual para uno y otro público, pues precisamente desde los años 70 del siglo XX, América del Sur se debatía en una dramática crisis económica y política que se reflejó no solamente en una baja del poder adquisitivo, sino también en una crisis de las editoriales y librerías (para no hablar además del sistema educativo). Esta situación recién ha empezado a cambiar en las últimas décadas, en las cuales a la par que el público interesado ha incrementado su poder adquisitivo, tiene más facilidad para acceder a las obras del profesor *Roxin* y de otros ilustres penalistas extranjeros, obras que no pocas veces son incluso editadas exclusivamente en países hispanoamericanos. Aún así, observo con tristeza que sigue siendo muy deficiente la distribución de las publicaciones entre los propios países hispanoparlantes. No pocas veces me he dado con la sorpresa de no encontrar en un país sudamericano alguna obra editada en el Perú, o se me ha preguntado cómo adquirir tal o cual libro que yo mismo he traducido. Precisamente la primera edición de este libro, aunque publicado en el 2007, ha tenido este destino. He podido comprobar que, aunque se conocía de su existencia, no ha llegado a otros lectores sudamericanos; en algunos casos, como en México, parece ser que incluso no se había tenido

noticia de su aparición. Por esta razón, recientemente un colega mexicano solicitó autorización para publicar en su país parte de las traducciones recopiladas el 2007 en la primera edición del libro ahora presentado^(*).

Es de esperar que esta segunda edición tenga una mayor difusión. No cabe duda de que el acceso al conocimiento no debe verse limitado ni por razones económicas (que parecen haberse superado) ni por ineficiencia por parte de editores y distribuidores (que esperamos superar). En lo que me corresponde, he tratado de traducir lo mejor posible las ideas del autor alemán y presentarlas para la discusión en nuestro medio. Por lo demás, también se trata de estar pendiente del estado de la discusión actual de los diferentes temas presentados. Precisamente en aras de este objetivo, se ha añadido un segundo tomo con traducciones de las más recientes contribuciones del profesor *Roxin*, con lo cual el lector hispanoamericano tendrá en sus manos lo más actualizado del pensamiento roxiniano.

Alemania, octubre de 2015

Bad Krozingen

^(*) Así, en México se ha incluido en el libro *Lineamientos prácticos de teoría del delito y proceso penal acusatorio* (Díaz Aranda/Roxin/Ochoa Contreras, México, 2014, pp. 187-373) las traducciones que aparecen en la edición peruana sobre tentativa, autoría y participación, y fines de la pena.

La ciencia jurídico-penal ante las tareas del futuro (*)



I. PANORAMA

Quisiera pasar sin más preámbulos al asunto y resumir las tareas del futuro de la ciencia jurídico-penal, tal como se me presentan, en seis puntos que explico a continuación:

1. La ciencia jurídico-penal tendrá su punto central, también en el futuro, en la sistematización, la interpretación y el desarrollo del Derecho nacional vigente, es decir, en la dogmática penal en sentido clásico. Esto vale tanto para el Derecho material como también para el Derecho procesal y las demás disciplinas parciales de nuestra ciencia.
2. En ello, la ciencia penal someterá a prueba una y otra vez los conceptos tradicionales y, en caso necesario, los reivindicará, pero tendrá que dedicarse con especial energía a nuevos e irresueltos problemas planteados también al Derecho penal por el desarrollo social, científico y tecnológico.

(*) Versión de la ponencia del autor en el Coloquio "Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende", llevada a cabo entre el 3 y el 6 de octubre de 1999, organizado por el Instituto Max-Planck de Derecho extranjero e internacional en el local de la Academia Berlinesa y Brandembúrguesa de Ciencias en Berlín. La versión empleada es la que fue publicada en alemán por el propio Instituto Max Planck, bajo la dirección de Albin Eser, Múnich, 2000.

3. La ciencia penal también tendrá que trabajar el Derecho nacional más que hasta ahora a partir de una base supranacional.
4. La ciencia penal alemana tendrá que reconquistar y consolidar en parte su rol central en los campos del asesoramiento de la jurisprudencia y de la legislación.
5. En el futuro, la ciencia penal no tendrá que limitarse, tal como lo ha hecho durante mucho tiempo y como en parte todavía lo hace hasta hoy, al Derecho positivo, a la *lex lata*, sino tendrá que practicar una política criminal científica; esto es, independientemente del asesoramiento legislativo actual, tendrá que diseñar una y otra vez el Derecho penal del futuro y con ello poner en movimiento un continuo proceso de reformas.
6. Finalmente, la ciencia penal tendrá también que proporcionar las bases científicas para un Derecho penal supranacional; esto significa a corto plazo para el Derecho penal europeo y el Derecho internacional penal.

II. LA DOGMÁTICA PENAL Y PROCESAL PENAL COMO TAREA INCESANTE DE NUESTRA CIENCIA

La dogmática de las teorías generales del hecho punible no es ciertamente lo máximo en perfección, pero sí, con sus rendimientos resaltables, desde hace tiempo un artículo de exportación de la ciencia penal alemana⁽¹⁾. Permítaseme decir a manera de una confesión: la dogmática penal con su mezcla de lógica y teleología, de interpretación jurídica obediente y perfeccionamiento jurídico creativo, de sistemática estructuradora y disponibilidad para solucionar problemas, con su apertura al sistema, de pensamiento vinculado objetivamente y funcionalismo imputador, de abstracción generalizadora, que proporciona seguridad jurídica y la

(1) Más detalles sobre el concepto y las tareas de la dogmática, Manfred MAIWALD, "Dogmatik und Gesetzgebung im Strafrecht der Gegenwart", en Otto BEHREND/S/Wolfram HENCKEL (edits.), "Gesetzgebung und Dogmatik", Gotinga, 1989, p. 120. Acerca de la cuestión de si la sistemática alemana del hecho punible tiene un futuro en Europa, comp. Walter PERRON, "Hat die deutsche Straftatsystematik eine europäische Zukunft?", en LH a Lenckner, Múnich, 1998, p. 227.

pretensión simultánea de justicia individual; esa dogmática es un campo de trabajo magnífico que permite a la ciencia penal, incluso en el futuro, importantes posibilidades de desarrollo.

Por cierto que a esta estimación optimista se opone un escepticismo harto de dogmática en algunos científicos del país y del extranjero. La dogmática –se dice– sería en muchos aspectos extremadamente complicada y acuciosa. Ella amenazaría con convertirse en un juego de abalorios sin resultados y ataría fuerzas que podrían ser empleadas en otros ámbitos de manera más productiva. De esto es cierto que existen tales fenómenos merecedores de crítica. Pero de ello no puede deducirse una objeción más radical. Y es que no hay ninguna disciplina que no progrese hacia lo correcto a través de callejones sin salida y errores. El que un instrumento musical pueda ser tocado de mala manera no dice nada en contra del instrumento, y un diluvio de libros de escaso valor no es un argumento en contra de las posibilidades futuras de la literatura.

Pero, para regresar a nuestra especialidad: en tanto multitudes de jóvenes científicos desde Japón hasta Chile se ocupen de nuestras instituciones –en el semestre de verano [de 1999] tuve en mi biblioteca más participantes extranjeros que alemanes– y en tanto seamos invitados por todas partes y nuestras concepciones sobre la dogmática y la sistemática del Derecho penal, tras un fructífero intercambio de opiniones con nuestros anfitriones, puedan medirse con estándares internacionales y mejorarse continuamente, no debemos temer por el futuro de la dogmática penal.

Pero también forman parte de las tareas del futuro de la ciencia penal, en especial medida, el desarrollo de la dogmática del Derecho procesal penal, el cual se ha quedado muy atrasado en relación con aquél del Derecho penal material⁽²⁾. Esto tiene variados motivos. El Derecho procesal penal ha sido al principio menos tratado en las universidades que el Derecho penal material. Además, el Derecho procesal penal ha sido siempre un dominio

(2) Comp. ya antes Claus ROXIN, "Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Strafverfahrensrecht - Ein Rückblick auf 40 Jahre", en Othmar JAUERNIG/Claus ROXIN, "40 Jahre Bundesgerichtshof", Heidelberg, 1991, p. 66 y ss.

del Derecho judicial y por ello también se ha abierto a la influencia de la ciencia de manera más lenta que el Derecho penal material. Finalmente, en la posguerra, dictados constitucionales han modificado ampliamente y con muchas e impredecibles consecuencias el viejo Ordenamiento procesal penal (StPO). Y por último, también la influencia del proceso penal angloamericano –desde el *fair trial* hasta el *plea bargaining*– ha dado al Derecho procesal penal alemán, al principio estrictamente formal, una forma esencialmente distinta.

Sobre el trasfondo de esta historia, constituye una tremenda tarea del futuro transformar el Derecho procesal penal vigente en un sistema consistente, que proporcione seguridad jurídica y al mismo tiempo quede abierto para nuevos desarrollos; esta tarea muchas veces ni siquiera ha sido reconocida aún entre nosotros y solo ha sido comenzada tímidamente. Piénsese lo siguiente: los campos problemáticos centrales como la teoría de la prohibición de pruebas⁽³⁾, la práctica sobre compromisos procesales⁽⁴⁾ o incluso tan solo la amplitud del principio *nemo tenetur*⁽⁵⁾, son ampliamente ignorados por el texto legal, e igualmente tampoco han sido integrados suficientemente en un concepto global y sistemáticamente elaborado de nuestro Derecho procesal.

Solamente puedo plantear esta tarea; aquí ni siquiera puedo insinuar una solución. Pero por lo menos debe señalarse que este trabajo también tiene una gran importancia práctica. Un nuevo ordenamiento procesal penal,

(3) Desde que Ernst BELING acuñara el término “prohibiciones de prueba” en 1903 en su obra “Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozeß”, en este campo se ha desatado una discusión de opiniones casi inabarcable, sin que se haya conseguido hasta ahora una superación teórica. Más detalles en Claus ROXIN, “Strafverfahrensrecht”, 25ta. ed., Múnich, 1998, § 24 D, c. num. refs.

(4) Extensamente al respecto, Bernd SCHÜNEMANN, “Gutachten zum 58. DJT”, Múnich, 1990; Thomas RÖNNAU, “Die Absprachen im Strafprozeß”, Kiel, 1990; Werner BEULKE, “Strafprozeßrecht”, 3ra. ed., Heidelberg, 1998, n. marg. 394 y ss.; ROXIN (op. cit. en nota 3), § 15, n. marg. 6 y ss.

(5) Ampliamente Klaus ROGALL, “Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst”, Berlín, 1977, p. 104 y ss.; ver además Torsten VERREL, “Nemo tenetur - Rekonstruktion eines Verfahrensgrundsatzes”, NSzZ 1997, pp. 361 y 415.

necesario desde hace tiempo y que tendría que reemplazar al permanente remiendo de los últimos 120 años⁽⁶⁾, difícilmente podrá conseguirse sin el necesario trabajo científico sobre las bases (y es quizás por eso que tampoco haya sido emprendido seriamente). Tampoco puede desconocerse que el desarrollo de la legislación y la justicia en el campo de la administración de justicia penal en los últimos 20 años cada vez más se desliza hacia un pensamiento de eficiencia orientado en la llamada funcionabilidad, en el cual la seguridad jurídica es relegada frente a la mayor discrecionalidad evaluadora concedida a los tribunales y los órganos de persecución penal. Especialmente los derechos y las libertades fundamentales del ciudadano son puestos cada vez más a disposición de procesos de ponderación⁽⁷⁾ que, a largo plazo y de una manera dudosa desde la perspectiva del Estado de Derecho, socavan estas garantías. Aquí la ciencia debe oponer mejores conceptos y, en caso necesario, imponerlos ante el Tribunal Constitucional.

III. ANTIGUOS Y NUEVOS CAMPOS DE TRABAJO

Resulta trivial, pero debería ser dicho de una vez: el fin del milenio no es ningún momento decisivo de época, sino un mero acontecimiento calendario. Entonces, éste no va a renovar rotundamente las tareas de la ciencia penal, sino también tendrá que incluir mucho de lo antiguo en el esclarecimiento científico. Solamente para extraer dos ejemplos, nosotros todavía no tenemos un modelo capaz de consenso para la amplitud de la punibilidad de la omisión⁽⁸⁾ o del concepto de hecho en el Derecho

(6) ROXIN (op. cit. en nota 3) proporciona un esbozo de la historia jurídica del Derecho procesal penal, §§ 71 y 72.

(7) Un ejemplo particularmente ilustrativo de esto es proporcionado por el desarrollo de la jurisprudencia en el campo de la teoría de las prohibiciones de prueba, en la cual el TFA cada vez más está tendiendo a ponderar el interés del Estado en el esclarecimiento del hecho contra el interés individual del ciudadano en preservar sus derechos de libertad; comp. solamente la sentencia del TFA, en BGH, s. penal, t. 19, p. 331; t. 27, p. 357; t. 34, p. 53; t. 38, p. 221 y ss.; t. 42, p. 377.

(8) Sentando las bases al respecto, Rolf Dietrich HERZBERG, "Die Unterlassung im Strafrechte und das Garantieprinzip", Berlín, 1972; Bernd SCHÜNEMANN, "Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte", Gotinga, 1971; Joachim VOGEL, "Norm und Pflicht bei Unterlassungsdelikten", Berlín, 1993.

procesal penal⁽⁹⁾, que es tan decisivo para la vinculación de un tribunal con las materias y para los límites de la cosa juzgada⁽¹⁰⁾. Por lo demás, la ciencia también tendrá que continuar trabajando en todos los campos con la misma intensidad como lo ha hecho hasta ahora, pues las soluciones antiguas son sometidas a prueba una y otra vez a través de la aparición de nuevas constelaciones de los hechos. Y también nuevas concepciones teóricas abren siempre nuevas posibilidades de solución. En la jurisprudencia no hay nada que pueda ser archivado como si hubiera sido definitivamente investigado.

Sea como fuere, los mayores desafíos del futuro se ubican en campos de trabajo que han surgido recién en la época tardía de la posguerra a través de nuevos desarrollos sociales, industriales, técnicos y de las ciencias naturales, o que recién entonces alcanzaron su actual importancia. A manera de ejemplo, mencionaré seis campos de problemas: tres del Derecho penal material y tres del Derecho procesal penal.

Un primer gran ámbito de futuro trabajo está constituido por todo el campo de la criminalidad económica internacional⁽¹¹⁾, incluyendo la responsabilidad penal en empresas (con muchas tareas nuevas para la determinación de la causalidad, la imprudencia, la autoría y la participación, así como la responsabilidad por omisión). También forma parte de este campo la temática todavía sin resolver de las sanciones a las empresas⁽¹²⁾.

(9) Extensamente, ROXIN (op. cit. en nota 3), § 20, n. marg. I y ss.

(10) ROXIN (op. cit. en nota 3), § 50, n. marg. II y ss.

(11) Comp. al respecto p. ej. Detlev GEERDS, "Wirtschaftsstrafrecht und Vermögensschutz", Lübeck, 1990; Heike JUNG, "Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität als Prüfstein des Strafrechtssystems", Berlín, 1979; Rudolf MÜLLER/Heinz-Bernd WABNITZ/Thomas JANSOVSKY, "Wirtschaftskriminalität", 4ta. ed., Múnich, 1997; Klaus TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, Allgemeiner und Besonderer Teil", Reinbek, 1976; *idem*, "Handhabung und Kritik des neuen Wirtschaftsstrafrechts - Versuch einer Zwischenbilanz", en LH a Dünnebier, Berlín, 1982, p. 519. Ver además "Gutachten und Sitzungsberichte zum 49". DJT, Múnich, 1972 (t. I, parte C, y t. II, parte F).

(12) Extensamente al respecto Hans ACHENBACH, "Die Sanktionen gegen die Unternehmensdelinquenz im Umbruch", JuS 1990, p. 601; *idem*, "Diskrepanzen im Recht der ahndenden Sanktionen gegen Unternehmen", en LH a Stree y Wessels, Heidelberg, 1993, p. 545; Heiner ALWART, "Strafrechtliche Haftung des Unternehmens - vom Unternehmenstäter

Como segundo problema fundamental limítrofe para el Derecho penal del futuro menciono aquí los grandes riesgos que amenazan a una cantidad innumerable de personas. Estos pueden partir de instalaciones atómicas o químicas, pero también de la industria farmacéutica, de fabricantes de productos alimenticios, productores de alimentos para animales, etc.⁽¹³⁾. Aquí se trata de cuestiones fundamentales también de nuestra ciencia. ¿Es que el Derecho penal constituye un medio apropiado para combatir tales peligros?⁽¹⁴⁾ ¿O la mejor solución radica en renunciar a determinadas posibilidades (palabra clave: renunciar a la energía atómica) o en el perfeccionamiento de controles preventivos?

Pienso que el Derecho penal solamente entra en consideración como tercera opción después de las dos mencionadas formas de minimización de riesgos. Pero incluso entonces surgen todavía numerosas cuestiones

zum Täterunternehmen", *ZStW* 105 (1993), p. 752; Hans Joachim HIRSCH, "Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden", Opladen, 1993; *idem*, "Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen", *ZStW* 107 (1995), p. 285; Harro OTTO, "Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden", Berlín, 1993; Bernd SCHÜNEMANN, "Unternehmenskriminalität und Strafrecht", Colonia, 1979; *idem*, "Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität", *wistra* 1982, p. 41; Günter STRATENWERTH, "Strafrechtliche Unternehmenshaftung?", en LH a Rud. Schmitt, Tubinga, 1992, p. 295; Klaus TIEDEMANN, "Die 'Bebußung' von Unternehmen nach dem zweiten Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", *NJW*, 1988, p. 1169; *idem*, "Strafrecht in der Marktwirtschaft", en LH a STREE/WESSELS, Heidelberg, 1993, p. 527; Klaus VOLK, "Zur Bestrafung von Unternehmen", *JZ* 1993, p. 429.

(13) Entretanto, casos de este tipo ya han ocupado al Tribunal Federal alemán en la llamada sentencia "Lederspray" [aerosol para cueros] y en el llamado caso "Holzschutzmittel" [protector de madera]: TEA, en BGH, s. penal, t. 37, p. 106; t. 41, p. 206. Más detalles sobre la responsabilidad por el producto y de la empresa, Joerg BRAMMSEN, "Strafrechtliche Rückruffpflichten bei fehlerhaften Produkten?", *GA* 1993, p. 97; Lothar KUHLEN, "Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte", *NSzZ* 1990, p. 566; Erich SAMSON, "Probleme strafrechtlicher Produkthaftung", *StV* 1991, p. 182; Joachim SCHMIDT-SALZER, "Strafrechtliche Produktverantwortung", *NJW* 1990, p. 2966; Bernd SCHÜNEMANN, "Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Unternehmensleitung im Bereich von Umweltschutz und technischer Sicherheit", en: Rüdiger BREUER/Michael KLOEPFER y otros (edits.), "Umweltschutz und technische Sicherheit im Unternehmen", Heidelberg, 1994, pp. 137 y 163.

(14) Sentando las bases, Cornelius PRITTWITZ, "Strafrecht und Risiko", Fráncfort del Meno, 1993.

no aclaradas: ¿es el Derecho penal, también en el campo de riesgos lejanos, un instrumento social de dirección admitido, es decir, apropiado y proporcional?⁽¹⁵⁾ ¿Es que el concepto central de protección de bienes jurídicos, con el cual se ha descrito hasta ahora la tarea del Derecho penal, es de ayuda en casos de perjuicios ambientales o influjos en la sustancia hereditaria cuya plena trascendencia recién sentirán las generaciones futuras? ¿O debería ser reemplazado por otros criterios como el del aseguramiento del futuro?⁽¹⁶⁾

También nuestras categorías dogmáticas se ven expuestas a muchas cuestiones nuevas cuando entran en acción nuevos riesgos de gran magnitud. ¿Qué tan lejos debe ir la abstracción de los delitos de peligro abstracto y la generalización de “bienes jurídicos” colectivos (como el de la seguridad general o de la previsión estatal de peligros), y a partir de cuándo ya no puede legitimarse la sanción penal de una prohibición?⁽¹⁷⁾ ¿Constituye en este ámbito el principio de culpabilidad, hecho a la medida de una conducta individual desviada, todavía un medio razonable para limitar el poder de la intervención estatal? Todas estas cuestiones están ya ahora en el horizonte de nuestra ciencia, y su elaboración ha comenzado. Pero su respuesta satisfactoria todavía está en un futuro lejano.

(15) Esta cuestión es respondida negativamente sobre todo por la llamada Escuela de Fráncfort del Derecho penal, y es objeto de vivas discusiones; comp. Claus ROXIN, “Strafrecht AT”, t. 1, 3ra. ed., Múnich, 1997, § 2, n. marg. 26-31.

(16) Günter STRATENWERTH, “Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?”, *ZStW* 105 (1993), p. 679; más detalles en ROXIN (op. cit. en nota 15), n. marg. 32 y ss.

(17) Al respecto, Roland HEFENDEHL, “Strafrecht und Schutz kollektiver Rechtsgüter”, trabajo de habilitación para ejercer la cátedra, 1998 [entretanto se ha publicado el libro del autor: “Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht”, Colonia, 2002]; comp. Felix HERZOG, “Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge”, Heidelberg, 1991; GÜNTHER JAKOBS, “Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und ‘alteuropäischem’ Prinzipiendenken”, *ZStW* 107 (1995), p. 855; Lothar KUHLEN, “Zum Strafrecht der Risikogesellschaft”, *GA* 1994, p. 362; Heinz MÜLLER-DIETZ, “Aspekte und Konzepte der Strafrechtsbegrenzung”, en LH a Rud. SCHMITT, Tübinga, 1992, p. 104; Cornelius PRITTWITZ, “Strafrecht und Risiko”, Fráncfort del Meno, 1993; Bernd SCHÜNEMANN, “Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft”, *GA* 1995, p. 210; Frank ZIESCHANG, “Die Gefährdungsdelikte”, Berlín, 1998.

Como tercer campo del futuro, también para el Derecho penal, debe ser vista la problemática total de la vida y de la muerte humana, la cual ha adquirido nuevas dimensiones a través de los progresos de la ciencia. Esto se extiende desde la protección de los embriones, pasando por la tecnología genética⁽¹⁸⁾ y el Derecho de trasplantes⁽¹⁹⁾ hasta las cuestiones de la ayuda a morir⁽²⁰⁾, que se plantean de distinta manera que antes debido a la moderna medicina intensiva. Todos estos temas, al igual que la protección total de la vida, constituyen ámbitos centrales de trabajo no solamente de la medicina o de la bioética, sino también del Derecho penal. En estos campos, hasta ahora el legislador ha fracasado rotundamente: La ley de trasplantes, con sus intentos de impedir todo comercio de órganos, ha resultado ser prácticamente un fiasco⁽²¹⁾; y la ayuda a morir ha sido dejada a las directivas (jurídicamente no vinculantes) del Colegio Médico Federal⁽²²⁾. Con más razón es tarea de

-
- (18) Arthur KAUFMANN, "Rechtsphilosophische Reflexionen über Biotechnologie und Bioethik an der Schwelle zum dritten Jahrtausend", *JZ* 1987, p. 837; Rolf KELLER, "Rechtliche Schranken der Humangenetik", *JR* 1991, p. 441; *idem*, "Kloneñ, Embryonenschutzgesetz und Biomedizin-Konvention", en LH a Lenckner, Múnich, 1998, p. 477; Bernhard LOSCH, "Lebensschutz am Lebensbeginn - Verfassungsrechtliche Probleme des Embryonenschutzes", *NJW* 1992, p. 2926; Friedrich-Christian SCHROEDER, "Die Rechtsgüter des Embryonenschutzgesetzes", en LH a MIYAZAWA, Baden-Baden, 1995, p. 533; Detlev STERNBERG-LIEBEN, "Fortpflanzungsmedizin und Strafrecht", *NStZ* 1988, p. 1.
- (19) Comp. al respecto Erwin DEUTSCH, "Das Transplantationsgesetz vom 05.11.1997", *NJW* 1998, p. 777; Ulrich SCHROTH, "Die strafrechtlichen Tatbestände des Transplantationsgesetzes", *JZ* 1997, p. 1149; Jarmila DUFKOVÁ, "Die Zulässigkeit und Strafbarkeit der Organentnahme zu Transplantationszwecken im Vergleich zu klinischen Sektionen", *MedR* 1998, p. 304; Hermann Christoph HEGER, "Erwiderung auf Schroth. Die strafrechtlichen Tatbestände des Transplantationsgesetzes (*JZ* 1997, 1149 ff.)", *JZ* 1998, p. 506.
- (20) Extensamente al respecto, "Gutachten und Sitzungsberichte zum 56. DJT", Múnich, 1986 (t. I, parte D y t. II, parte M).
- (21) Al respecto Ulrich SCHROTH, "Die strafrechtlichen Tatbestände des Transplantationsgesetzes", *JZ* 1997, p. 1149 y ss.; comp. también Peter KÖNIG, "Strafbarer Organhandel", Fráncfort del Meno, 1999.
- (22) Comp. en Deutsches Ärzteblatt, 1979, p. 957 y actualmente, *NJW*, 1998, p. 3406. Acerca del contenido y el sentido de una regulación legal, ver "Alternativ-Entwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe", Stuttgart, 1986, así como Adolf LAUFS, "Selbstverantwortetes Sterben?", *NJW* 1996, p. 763; Erich STEFFEN, "Noch einmal: Selbstverantwortetes Sterben?", *NJW*

la ciencia penal trabajar para obtener soluciones objetivas, en parte de lege lata, en parte de lege ferenda.

Mi cuarto ejemplo lo extraigo del Derecho procesal penal. Los compromisos procesales ya mencionados entre el fiscal, el tribunal y el abogado defensor, los que actualmente dan término a una gran parte de todos los procesos, no están previstos en la ley y convierten nuestro proceso penal, concebido en el contradictorio, cada vez más en un proceso consensual. El que tal cambio de paradigma deba darse sin base legal, constituye una cuestión tan abierta como la compatibilidad de los acuerdos tomados fuera del juicio oral con el principio investigador y los principios de publicidad, oralidad e inmediatez que dominan nuestro juicio oral⁽²³⁾. Nuestro Tribunal Federal se ha afanado mucho en conseguir soluciones practicables⁽²⁴⁾. Pero todavía no se ha conseguido el acabado jurídico en sentido estricto de este desarrollo extrapenal trascendental hasta llegar a lo casuístico, a no ser que se quiera hacer valer como última palabra el veredicto tajante e irrefutable

1996, p. 1581; Herbert TRÖNDLE, "Nochmals: Sterbehilfe, lex artis und mutmaßlicher Patientenwille", *MedR* 1988, p. 163; *idem*, "Warum ist die Sterbehilfe ein rechtliches Problem?", *ZStW* 99 (1987), p. 25, c. más ref.

(23) Comp. además de la literatura nombrada en la nota 4, Werner BEULKE, "Die Strafbarkeit des Verteidigers", Heidelberg, 1989, p. 116; Werner BEULKE/Helmut SATZGER, "Der fehlgeschlagene Deal und seine prozessualen Folgen - BGH, s. penal, t. 42, p. 191", *JuS* 1997, p. 1072; Reinhard BÖTTCHER/Hans DAHS/Gunter WIDMAIER, "Verständigung im Strafverfahren - eine Zwischenbilanz", *NStZ* 1993, p. 375; Hans DAHS, "Absprachen im Strafprozeß", *NStZ* 1988, p. 153; Winfried HASSEMER, "Pacta sunt servanda - auch im Strafprozeß?", BGH, *NJW* 1989, 2270", *JuS* 1989, p. 890; Klaus LÜDERSEN, "Die Verständigung im Strafprozeß", *StV* 1990, p. 415; Lutz MEYER-GOSSNER, "Entlastung der Strafrechtspflege - ein ungewöhnlicher Vorschlag", *NStZ* 1992, p. 167; Dieter RÖSSNER/Christian ENGELKING, "Der praktische Fall: Strafprozessrecht - Der 'Vergleich' im Strafverfahren", *JuS* 1991, p. 664; Christoph RÜCKEL, "Verteidigertaktik bei Verständigungen und Vereinbarungen im Strafverfahren", *NStZ* 1987, p. 297; Werner SCHMIDT-HIBBER, "Absprachen im Strafprozeß - Privileg des Wohlstandskriminellen?", *NJW* 1990, p. 1884; Thomas WEIGEND, "Abgesprochene Gerechtigkeit", *JZ* 1990, p. 774; Gunter WIDMAIER, "Der strafprozessuale Vergleich", *StV* 1986, p. 357.

(24) Sentencia del TFA, en BGH, s. penal, t. 36, p. 210; t. 37, p. 10 y 298; t. 38, p. 102; t. 40, p. 287; t. 43, p. 195; sentencias del BGH en *NJW* 1994, p. 1293 *NJW* 1995, p. 2568; y en *NStZ* 1994, p. 196.

de SCHÜNEMANN⁽²⁵⁾, que ha sido desatendido por la corriente principal del desarrollo. Podría ser que en el futuro necesitemos dos ordenamientos procesales penales: uno contradictorio y otro consensual.

Un terreno científico nuevo es creado, poner al principio, también por los métodos de investigación en el proceso penal, métodos que han traído el progreso científico y técnico y que todavía eran desconocidos hasta muy avanzada la posguerra: forman parte de esto los métodos computarizados de pesquisa, como la búsqueda por redes de información personal archivada temporalmente en los controles policiales [Schleppnetzfehndung], la búsqueda de “cernidor” o esa a través de ciertos datos y según criterios criminalísticos [Rasterfehndung] y la convocatoria para la observación policial, pero también el empleo de medios técnicos como la vigilancia por video, el gran “ataque de escuchas telefónicas” y, no por último, también el análisis genético que ha llevado a una considerable ampliación de las posibilidades de prueba⁽²⁶⁾. El legislador ha intentado hacer que estos nuevos métodos, que hacen aparecer ya no como una lejana utopía al Estado controlador totalitario, armonicen con el derecho a la autodeterminación de la información, así como con los demás derechos fundamentales del inculpado y con los derechos de negarse a declarar. Al igual que en los acuerdos procesales, si bien de una manera distinta, aquí también está en juego el concepto global de nuestro proceso penal, el cual descansa sobre un balance cuidadoso entre derechos estatales de intervención y derechos de libertad de los ciudadanos. Un Estado de Derecho debe preservar este equilibrio. Aquí todavía falta mucho por investigar. Probablemente, al final del proceso científico de esclarecimiento se tendrán que exigir modificaciones considerables y retirar potestades de intervención demasiado amplias.

(25) SCHÜNEMANN (op. cit. en nota 4); *idem*, “Wetterzeichen einer untergehenden Strafprozesskultur? Wider die falsche Prophetie des Absprachenelysiums” [“Signos climáticos de la caída de una cultura procesal penal. En contra de la falsa profecía del Elíseo de compromisos procesales”], *StV* 1993, p. 657.

(26) Comp. sobre estos nuevos métodos de investigación, ROXIN (op. cit. en nota 3), § 10, n. marg. 17 y ss. y § 33, n. marg. 7, c. más ref.

El sexto y último punto esencial que queda por mencionar para un futuro trabajo se refiere al empleo cada vez más amplio, por los órganos de persecución penal, de espías [soplones]. Los agentes encubiertos, es decir, agentes policiales que actúan de incógnito, han sido admitidos recientemente por la ley⁽²⁷⁾. No está regulada la utilización de las llamadas personas de confianza, es decir, de agentes privados de la policía que, sin embargo, son de todos modos empleados en un número mucho mayor en el medio criminal⁽²⁸⁾. Pero, más allá de ellos la policía utiliza también a otras personas privadas para sonsacar a inculpados y testigos⁽²⁹⁾.

Aunque los órganos de persecución penal, cuando interrogan a inculpados, tienen que explicarles previamente sus derechos a negarse a declarar y a ser testigo, y no deben nunca procurarse las declaraciones mediante engaños, las personas arriba mencionadas y empleadas para el esclarecimiento renuncian a toda explicación y engañan a aquel de quien sospechan en cuanto a sus verdaderas intenciones. El que estos distintos procederles apenas sean compatibles jurídicamente, resulta patente, y la tesis de que la moderna y sobre todo organizada criminalidad solamente podría ser combatida a través de un ejército de soplones no es ningún argumento jurídico porque el fin no justifica los medios⁽³⁰⁾. También aquí

(27) Al respecto ROXIN (op. cit. en nota 3), § 10, n. marg. 25 y ss., c. más ref.

(28) Comp. ROXIN (op. cit. en nota 3), § 10, n. marg. 29, c. más ref.

(29) Integran estos casos sobre todo la llamada "Hörfalle" [trampa de escuchas telefónicas], que han ocupado ya a la gran Sala del Tribunal Federal alemán; comp. la sentencia del TFA; ver en BGH, s. penal, t. 42, p. 139.

(30) Comp. sobre la problemática de la trampa de escuchas telefónicas la sentencia del TFA (Sala grande), t. 42, p. 139, así como Klaus BERNSMANN, "Verwertungsverbot für Angaben eines Beschuldigten, die dieser ohne Kenntnis des Hintergrundes in einem Gespräch mit einer von der Polizei mit dem Aushorchen beauftragten Privatperson macht?", *StV* 1997, p. 116; Friedrich DENCKER, "Über Heimlichkeit, Offenheit und Täuschung bei der Beweisgewinnung im Strafverfahren", *StV* 1994, p. 671; Hans LISKEN, "Telefonmithören erlaubt?", *NJW* 1994, p. 2069; Joachim RENZIOWSKI, "Die förmliche Vernehmung des Beschuldigten und ihre Umgehung", *JZ* 1997, p. 710; Claus ROXIN, "Nemo tenetur - die Rechtsprechung am Scheideweg", *NStZ* 1995, p. 465; *idem*, "Zum Hörfallen-Beschluß des Großen Senats für Strafsachen", *NStZ* 1997, p. 18; Christian TIETJE, "Zulässigkeit des Telefonmithörens durch die Polizei - ein Fall der Art. 10 GG und 8 EMRK", *MDR* 1994,

se trata de cuestiones fundamentales del proceso penal, las cuales no han sido de ningún modo definitivamente aclaradas.

Pero incluso si el empleo de tales colaboradores encubiertos deba ser permitido con una regulación legal o sin ella, todavía no quedan claros los límites de sus facultades. Y, ¿realmente debería ser sancionado penalmente aquel que recién es seducido hacia la punibilidad por un agente provocador?⁽³¹⁾ ¿Y bajo qué presupuestos pueden hacerse punibles ellos mismos al motivar a la comisión de delitos, así se haga bajo la finalidad de poder probarlos después?⁽³²⁾ Acerca de todos estos temas existe una extensa literatura y alguna jurisprudencia (incluso hasta del Tribunal Europeo de Derechos humanos⁽³³⁾), no siempre libre de contradicciones. Pero no hay claridad jurídica. Conseguirla constituye una urgente tarea científica.

Ya este segmento del programa de trabajo para el futuro habrá mostrado qué enorme tarea tiene ante sí la ciencia jurídico-penal al comenzar el nuevo milenio.

IV. LAS BASES SUPRANACIONALES DEL DERECHO PENAL

La ciencia jurídico-penal del futuro tendrá que ser practicada más que hasta ahora sobre una base internacional⁽³⁴⁾, y con ello llego a una de las tareas más importantes. Aunque históricamente ya haya habido una jurisprudencia sobre una base internacional –p. ej., la del Derecho romano–, sin

p. 1078; Torsten VERREL, "Nemo tenetur - Rekonstruktion eines Verfahrensgrundsatzes", primera y segunda partes, *NSStZ* 997, p. 363, p. 415.

(31) Extensamente, ROXIN (op. cit. en nota 3), § 10, n. marg. 27 y s.; Imme ROXIN, "Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege", 3ra. ed., Múnich, 2000.

(32) Al respecto, Claus ROXIN, en: *LK*, 11ra. ed., Berlín, 1992, § 26, n. marg. 67 y ss., c. más ref.

(33) Comp. así EGMR *NSStZ* 1999, p. 47, sobre la admisibilidad de una condena tras el empleo de un agente provocador.

(34) Comp. sobre los esfuerzos tomados hasta ahora en este campo, p. ej. Ulrich SIEBER (edit.), "Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht", Colonia, 1993; *idem*, "Memorandum für ein Europäisches Modellstrafgesetzbuch", *JZ* 1997, p. 369, c. num. y más ref.

embargo ella, en su mayoría, ha sido llevada a cabo en el ámbito del Derecho empleado ante la práctica de los tribunales como ciencia restringida al territorio nacional. Esto es un error, y hoy más que antes. Como es sabido, ya PASCAL⁽³⁵⁾ se había burlado de la “justicia jocosa que tiene sus límites en un río”. El que la verdad jurídica de este lado de los Pirineos deba ser una distinta de la del otro lado no era, con razón, comprensible para él.

Con la vista puesta hacia el futuro quisiera defender la tesis de que la ciencia jurídica, sin perjuicio de las regulaciones diferentes también en modernas codificaciones, solamente es una, en cuyo desarrollo deben cooperar los investigadores de todos los países. El círculo internacional de participantes de nuestro Congreso es para mí una confirmación viva de esta suposición. Y es que, en efecto, el objeto de la ciencia jurídico-penal es en todos los Estados modernos mucho más homogénea de lo que se cree muchas veces. E incluso las regulaciones legales diferentes no ponen en cuestión la unidad de la ciencia jurídica. Quisiera explicar brevemente ambas afirmaciones porque constituyen la base de las deducciones que quiero extraer para la forma de trabajar de nuestra ciencia.

En primer lugar, la unidad del objeto de la investigación. La criminalidad es un fenómeno que se presenta de manera muy similar en todos los modernos Estados industriales. Lo que es sancionado con pena no es de ninguna manera arbitrario, sino está previamente trazado en gran medida por las condiciones disponibles de una segura y libre convivencia social, que son accesibles a la exploración científica. Esto es sabido desde hace mucho en relación con los tipos “clásicos” del núcleo del Derecho penal: toda sociedad que no quiera hundirse en el caos debe penar el asesinato y el hurto, la violación y el secuestro y numerosas otras conductas, que de ser toleradas destruirían el sistema

(35) Sobre esto y lo que sigue, Blaise PASCAL, “Pensées”, fragmento 94, “Mercure de France”, 1976. El modelo para esta idea lo encontró Pascal en los *Essais* de MONTAIGNE. Allí se dice: “¿Qué valor puede tener una virtud ... que rige como delito ya más allá del río? ¿Qué verdad es esa que termina en esta vuelta de la montaña y que para el mundo que está detrás significa una mentira?” (comp. Michel de MONTAIGNE, “Essais”, primera traducción moderna total [al alemán] de Hans Stilett, Fráncfort del Meno, 1998, p. 289). La referencia a Montaigne debo agradecerla al prof. Peter J. SCHICK de Graz.

social cuya protección compete al Derecho penal. Pero lo mismo vale para las disposiciones penales nuevas, con más o menos historia. Quien quiera combatir eficazmente la criminalidad organizada sobre una base internacional no puede renunciar a colocar bajo pena el lavado de dinero; pero la forma como debe configurarse tal tipo penal para ser lo más efectivo posible constituye una cuestión científica de primer rango todavía no resuelta, así como un problema mundial⁽³⁶⁾. Lo correspondiente vale cuando se trata de impedir la destrucción del ambiente, lo cual recién ha alcanzado una medida de amenaza para la sociedad en los últimos decenios; también en este campo nuestro instrumental penal es todavía insuficiente, pero mejorarlo es una tarea que tiene que ocupar por igual a los científicos de todos los países⁽³⁷⁾.

Pero no solamente en lo referente a los tipos delictivos se da una gran medida de unidad supranacional del Derecho penal. También las categorías jurídicas de la teoría general del delito constituyen objetos de investigación mundiales de cada ciencia penal más o menos desarrollada. Instituciones jurídicas como la "legítima defensa" y el "estado de necesidad" juegan necesariamente un papel en cada ordenamiento jurídico, porque las situaciones de vida a las que deben su aparición son ubicuas. Cuando p. ej. se observa el Derecho penal de los estados federados de Norteamérica, tan extraño para el pensamiento europeo-continental, se comprobará que bajo las allí llamadas "defenses"⁽³⁸⁾ se ocultan las mismas interrogantes que ocupan al penalista europeo y de Asia del este. Y también problemas como la causalidad y la imputación objetiva, el dolo, la imprudencia y el error, los actos

(36) Ampliamente y comparando Derechos, al respecto, Petra HOYER/Joachim KLOS, "Regelungen zur Bekämpfung der Geldwäsche und ihre Anwendung in der Praxis", 2da. ed., Bielefeld, 1998.

(37) Comp. al respecto p. ej., en lo internacional, Karin CORNILS/Günter HEINE (edits.), "Umweltstrafrecht in den nordischen Ländern", Friburgo de Brisgovia, 1994; Albin ESER/Günter HEINE (edits.), "Umweltstrafrecht in England, Kanada und den USA", Friburgo de Brisgovia, 1994; Günter HEINE (edit.), "Umweltstrafrecht in osteuropäischen Ländern", Friburgo de Brisgovia, 1995; así como en lo nacional, Michael KLOEFFER/Hans-Peter VIERHAUS, "Umweltstrafrecht", Múnich, 1995.

(38) Extensamente al respecto, el estudio de Derecho comparado de Stefan STAUDER, "Die allgemeinen defenses des New York Penal Law", Fráncfort del Meno, 1999.

preparatorios, la tentativa y el desistimiento o la punibilidad de la omisión, se plantean por todas partes y no son para nada propiedad nacional.

Sin embargo, con los distintos tipos y categorías delictivas de la teoría general del delito se vinculan problemas que no son resueltos de la misma manera en todos los países. Pero también esta circunstancia –y con ello llego a mi segunda expresión básica– todavía no cuestiona el carácter de validez general de los conocimientos de la ciencia penal. Ciertamente, los problemas penales del aborto, el consumo de drogas, la ayuda a morir o (para trasladarnos a la dogmática de las teorías generales del Derecho penal) de punibilidad de la tentativa inidónea o de los delitos de omisión impropia son regulados parcialmente de diferente manera en los distintos países. Pero, y esto es lo decisivo: los problemas son los mismos; y los argumentos que podrían aportarse para una u otra solución son limitados en su número, tienen por lo general validez supranacional y pueden llevar a un consenso internacional y, en sus consecuencias, a iguales o parecidas regulaciones, más allá de todas las pretensiones políticas de armonización; en la actualidad, esto ya es característico en amplios ámbitos del Derecho penal en grandes partes del mundo.

No obstante, no debe pasarse por alto que las condiciones políticas, sociales y culturales previamente dadas no son idénticas en todas partes y, sobre todo, no lo son en todos los ámbitos del Derecho. Tal identidad tampoco sería deseable, pues la riqueza y fecundidad de la civilización europea y mundial presuponen que se posibiliten tradiciones individuales. Para una ciencia jurídico-penal supranacional esto tiene como consecuencia que los argumentos que se elaboren de manera cooperativa para solucionar tareas comunes no tienen por qué tener en cada país el mismo peso. Más bien, los presupuestos divergentes sociales y socio-culturales pueden –no en todas partes, pero sí aquí y allá– influir en el peso de los motivos jurídicos que deben colocarse en la balanza, de tal manera que algunos países pueden aceptar diferentes soluciones jurídicas al problema y, no obstante, haber encontrado el Derecho correcto pertinente en su ámbito. En efecto, hay diferentes verdades sin que esto pueda afectar en lo más mínimo la universalidad de los métodos de la ciencia jurídico-penal que deben emplearse para encontrarlas.

Para el trabajo científico en el Derecho penal, esto significa igualmente que uno solo está a la altura de la época cuando tiene a su mano en todo momento, más allá de la literatura y jurisprudencia nacionales, también el estado internacional de la discusión. Precisamente, la ciencia penal alemana tiene que venir a oír esto, pues en este punto se ha quedado detrás de otros países. Apenas habrá un científico español, polaco o japonés que al trabajar los problemas penales centrales, deje sin considerar la literatura alemana. Pero el penalista alemán, si no se trata precisamente de un comparador profesional de Derechos⁽³⁹⁾, es culpable frecuentemente de descuidar el pensamiento penal no alemán. La transferencia de ciencia en nuestra especialidad es frecuentemente una calle en un solo sentido.

Esto tiene razones comprensibles: los límites de la capacidad de trabajo, la falta de bibliotecas del Derecho penal extranjero en la mayoría de las universidades (el Instituto Max-Planck de Friburgo constituye aquí, incluso bajo el rasero internacional, una gloriosa excepción), y también la barrera del idioma que solamente es de alguna manera superable en el caso de los idiomas universales, entre los cuales, en el Derecho penal, también se encuentra el alemán.

No obstante, no creo que debiéramos resignarnos ante estas dificultades. Más bien veo aquí precisamente una tarea de futuro de la ciencia jurídico-penal mundial, a la que se debería echar mano de una buena vez. Necesitamos un manual internacional de Derecho penal –naturalmente de varios tomos– en el cual se exponga, compare e interprete el Derecho penal de todos los Estados europeos y también de los principales Estados no europeos. Este manual debería comprender el acervo de reglas e ideas del Derecho penal de su tiempo y, correspondientemente, no solo debería juzgar contenidos normativos, sino también contener la práctica interpretativa de los tribunales así como las opiniones doctrinarias influyentes y, desde una atalaya supranacional, valorar, ponderando por política jurídica, las ventajas y desventajas de la aplicación jurídica en los distintos países. En

⁽³⁹⁾ Acerca de las funciones, métodos y límites del Derecho penal comparado, últimamente de manera instructiva, Albin ESER, "Funktionen, Methoden und Grenzen der Strafrechtsvergleichung", en: LH a Kaiser, Berlín, 1998, p. 1499.

tanto, al hacer un panorama comparativo, se valoren de distinta manera las ventajas y desventajas de determinados modelos de solución, esto debería ser expuesto de manera abierta, señalando los argumentos que se tomen en cuenta; lo demás debería ser dejado a la discusión internacional.

Tal obra no ha sido nunca intentada en forma extensa. Pero ello sería plenamente realizable para la comunidad internacional de países si participaran en ello muchos científicos de la mayor cantidad posible de países bajo la exigencia de una razonablemente modesta financiación, e incluyendo una traducción en los diferentes idiomas⁽⁴⁰⁾.

¿En qué consistiría el provecho de tal obra? En primer lugar, daría un gran impulso a la ciencia jurídico-penal al presentarse inmediatamente a la vista de cada investigador el campo problemático tratado por él, más allá de la tradición nacional y de la legislación, en un contexto que abarque el mundo entero. Los seis campos de trabajo de la futura ciencia jurídico-penal, nombrados antes a manera de ejemplo, podrían entonces ser tratados desde el principio en el contexto de la cultura penal internacional. No existe, en la actualidad, la posibilidad de una rápida y completa orientación de tal tipo que ahorre investigaciones propias que realizan una reflexión sobre lo ya pensado e intentado. Si llegara esto a existir alguna vez, se beneficiaría mucho el nivel de la ciencia jurídico-penal de todo el mundo, porque cada cual que trabaje en este ámbito podría desde el principio trabajar sobre la base del estado de conocimiento alcanzado hasta entonces.

Además, tal compendio universal, que también podría ser transmitido por el moderno sistema de datos, prestaría grandes servicios al trabajo legislativo en todos los países. Cuando a principios de este siglo el StGB alemán debía ser reformado, para preparar esta empresa, se elaboró por numerosos penalistas una "Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts" [Exposición comparada del Derecho penal

(40) Acerca de los esfuerzos de armonización que se han realizado hasta ahora en el campo del Derecho penal europeo, Ulrich SIEBER, "Memorandum für ein Europäisches Modellstrafgesetzbuch", *JZ* 1997, p. 371 y s.

alemán y extranjero] de 16 tomos⁽⁴¹⁾. La reforma quedó en nada, pero la “Vergleichende Darstellung” ha permanecido durante décadas como una obra penal básica, “a landmark in the history of comparative penal studies”, tal como decía RADZINOWICZ⁽⁴²⁾. Esta tradición es la que debe renovarse y consolidarse, especialmente porque las posibilidades de comunicación internacional y de transmisión de la información es hoy en día infinitamente mayor que a principios del siglo. Un manual detallado de Derecho penal internacional sería una valiosa fuente de conocimiento para la ciencia y la legislación en todo el mundo. Al mismo tiempo, sería –y con ello regreso a mi tesis inicial– la manifestación más convincente de la unidad mundial de nuestra ciencia jurídico-penal.

V. ASESORAMIENTO A LA JURISPRUDENCIA Y A LA LEGISLACIÓN

Además forman parte de las eternas, y por ello también futuras tareas de la ciencia del Derecho penal, la orientación en la jurisprudencia y en la legislación. Ellas se han desarrollado en Alemania de manera muy diferente.

La conversación jurídica y la influencia mutua entre ciencia y práctica en el campo del Derecho penal muestran en Alemania la imagen de una cooperación proporcionalmente estrecha y fructífera⁽⁴³⁾. Mientras que en algunos otros países los catedráticos y jueces viven más o menos en su propio mundo, y los tribunales solamente rara vez toman nota de las opiniones doctrinarias científicas, el TFA, por lo menos en sus fallos básicos, se ocupa cuidadosamente de la literatura científico-penal y no raras veces ha asumido nuevas concepciones científicas abandonando la jurisprudencia antigua. La lista de tal jurisprudencia va desde la recepción de la teoría de

(41) Karl BIRKMEYER y otros (edits.), “Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts”, P. G., t. I-VI, 1908, y la P. E., t. VII-IX, 1909 (tomo índice para la P. G. y la P. E., 1909).

(42) Sir Leon RADZINOWICZ, “International Collaboration and Criminal Science”, *The Law Quarterly Review* 58 (1942), p. 128.

(43) Comp. ya antes ROXIN (op. cit. en nota 2), p. 66.

la culpabilidad⁽⁴⁴⁾, pasando por la vinculación de la participación al dolo del autor⁽⁴⁵⁾ –dos sentencias que ha hecho suya también el legislador de la nueva parte general–, hasta llegar a la impunidad de la participación en una conducta que implique ponerse responsablemente en peligro a sí mismo⁽⁴⁶⁾, al horizonte del desistimiento en la tentativa⁽⁴⁷⁾ y a las consecuencias de omitir ilustrar sobre el derecho de negarse a declarar⁽⁴⁸⁾; en el último caso, el TFA, de una manera hasta ahora casi inédita y en el sentido de las exigencias que yo había hecho anteriormente, incluso ha empleado en su sentencia el estado internacional de la discusión. Si el influjo de la ciencia en la práctica es más fuerte en el Derecho material que en el Derecho procesal, donde recién la jurisprudencia ha motivado a la ciencia a profundizar la investigación, esto se debe al ya expuesto desarrollo diferente entre el Derecho material y el Derecho procesal. Pero, en total, la ciencia y la jurisprudencia se encuentran en un vivo intercambio de opiniones que es igualmente valioso para ambas.

En todo caso, en este campo pueden consolidarse en el futuro los contactos personales entre científicos y prácticos. Cualquiera de nosotros que, con motivo de conferencias o jornadas, haya discutido con prácticos sobre problemas penales, habrá notado cuánta riqueza de ganancia en conocimiento puede resultar de ello. El catedrático ve el problema más bien en el contexto de grandes relaciones; el práctico más bajo, el aspecto de la peculiaridad de cada problema y bajo una solución forense y practicable. Recién de la visión conjunta de todos estos modos de ver las

(44) Sentencia del TFA; ver en BGH, s. penal, t. 2, p. 196.

(45) Sentencia del TFA; ver en BGH, s. penal, t. 9, p. 370.

(46) Sentencia del TFA; ver en BGH, s. penal, t. 32, p. 262; al respecto Claus ROXIN, *NStZ* 1984, p. 410; Harro OTTO, "Selbstgefährdung und Fremdverantwortung - BGH *NJW* 1984, 1469", *Jura* 1984, p. 536; Walter STREE, "Beteiligung an vorsätzlicher Selbstgefährdung - BGH, s. penal, t. 32, p. 262 und BGH *NStZ* 1984, 452", *JuS* 1985, p. 179.

(47) Sentencia del TFA; ver en BGH, s. penal, t. 31, p. 170; al respecto Hans-Joachim RUDOLPHI, "Rücktritt vom unbeeendeten Versuch", *NStZ* 1983, p. 361.

(48) Sentencia del TFA; ver en BGH, s. penal, t. 38, p. 214, con comentarios de Gerhard FEZER, *JR* 1992, p. 385, así como Claus ROXIN, "Erstreckung des Beweisverwertungsverbots auf polizeiliche Vernehmungen ohne Belehrung über das Aussageverweigerungsrecht", *JZ* 1992, p. 923.

cosas, resulta frecuentemente una solución capaz de consenso, y por eso los teóricos y los prácticos deberían buscar conversaciones científicas. El llamado Conversatorio de Derecho penal de Marburgo de 1997, con sus resultados muy valiosos⁽⁴⁹⁾ y que provocó una ulterior discusión ha dado un comienzo prometedor en este campo, que debería tener el efecto de configurar la tradición.

El campo de la orientación al legislador se encuentra en una situación mucho peor; nuevamente, en el futuro, este campo tiene que convertirse en un principal campo de trabajo de la ciencia jurídico-penal. Considero que la obra legislativa de la época de posguerra, con mejor contenido y una técnica legal mejor lograda en Alemania, es la nueva parte general del StGB vigente desde 1975. Esta parte general surgió de varios esfuerzos: de un trabajo de 8 años realizado por la Gran Comisión Penal, integrada mayoritariamente por catedráticos, pero también por prácticos, la cual creó el Proyecto de 1962; de las recomendaciones dadas a continuación y durante 3 años por un grupo privado de trabajo integrado por los catedráticos que habían trabajado el Proyecto alternativo; y de un acucioso asesoramiento de la Comisión especial para la Reforma Penal que ha transformado ambos proyectos en la actual parte general. El resultado fue un compromiso, y como tal criticable⁽⁵⁰⁾. Pero la ley no está nada mal –también para el campo internacional– y todavía tendrá existencia durante mucho tiempo, esto último, por cierto, admitiendo nuevos desarrollos en la política criminal.

Desde entonces ninguna ley penal, siquiera cercanamente, ha sido orientada de manera tan acuciosa. Más bien, la invitación a científicos, que cuando menos en la ley de ejecución penal todavía se hacía sentir⁽⁵¹⁾, ha ido disminuyendo cada vez más con la consecuencia de que hoy en día el

(49) Comp. al respecto Frank DIETMEIER, "Marburger Strafrechtsgespräch 1997", *ZStW* 110 (1998), p. 393.

(50) Comp. solamente Jürgen BAUMANN, "Kleine Streitschriften zur Strafrechtsreform", Bielefeld, 1965.

(51) Comp. así Heike JUNG/Heinz MÜLLER-DIETZ (edit.), "Vorschläge zum Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes", 2da. ed., Bonn-Bad Godesberg, 1974; Arthur KAUFMANN (edit.), "Die Strafvollzugsreform", Karlsruhe, 1971.

arte de legislar en el campo del Derecho penal ha alcanzado una depresión especial. Es prototípico de ello la Sexta Ley de Reforma Penal de 1998. Desde el principio no había sido proyectada como una gran concepción nueva, sino debía eliminar deficiencias del viejo StGB, conocidas desde antiguo, mediante un gran número de modificaciones puntuales. Luego, debería ser una especie de ley reparadora, pero fue promulgada con una premura incomprensible, pese a que no había ningún motivo para tal apuro, pues las carencias que se iban a eliminar eran mayoritariamente muy antiguas y en parte, como el problema del apoderamiento para terceros, ya habían aparecido con la dación del StGB de 1871. Entonces, se pudo haber tomado tranquilamente más tiempo para un asesoramiento y una reflexión concienzuda, especialmente porque el legislador, en su sensación de propia insuficiencia, provocada por su euforia de celeridad, ha dejado sin modificar los tipos menos logrados como p. ej. el de lesiones con consentimiento del lesionado⁽⁵²⁾, las coacciones⁽⁵³⁾ y también el asesinato⁽⁵⁴⁾.

(52) Harold NIEDERMAIR, "Körperverletzung mit Einwilligung und die guten Sitten. Zum Funktionsverlust einer Generalklausel", Múnich, 1999; Detlev STERNBERG-LIEBEN, "Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht", Tübingen, 1997.

(53) Desde la sentencia del TEA (en BGH, s. penal, t. 92, p. 1 y ss.) se ha vuelto especialmente controvertida la cuestión de cuáles hechos deben ser subsumidos bajo el concepto de violencia. Comp. de entre la literatura de la reforma, con variadas tendencias, Jürgen BAUMANN, "Bei § 240 StGB ist der Gesetzgeber gefordert", *ZRP* 1987, p. 265 y ss.; Rolf-Peter CALLIES, "Der strafrechtliche Nötigungstatbestand und das verfassungsrechtliche Gebot der Tatbestandsbestimmtheit", *NJW* 1985, p. 1513; Arthur KAUFMANN, "Der BGH und die Sitzblockade", *NJW* 1988, p. 2581; Heiko H. LESCH, "Ist die Sitzblockade einer Straße eine Nötigung anderer mit Gewalt?", *StV* 1996, p. 152; Rupert SCHOLZ, "Sitzblockade und Verfassung - Zur neuen Entscheidung des BVerfG", *NSfZ* 1995, p. 424; Friedrich-Christian SCHROEDER, "Die Grundstruktur der Nötigung und die Möglichkeiten zur Beseitigung ihrer durch das BVerfG geschaffenen Lücken", *NJW* 1996, p. 2627; Jürgen WOLTER, "Verfassungskonforme Restriktion und Reform des Nötigungstatbestandes", *NSfZ* 1986, p. 248 y s.

(54) Comp. sobre la discusión en torno a la reforma sobre los tipos de homicidio: Peter-Alexis ALBRECHT, "Das Dilemma der Leitprinzipien auf der Tatbestandsseite des Mordparagraphen", *JZ* 1982, p. 697; Gunther ARZT, "Die Delikte gegen das Leben", *ZStW* 83 (1971), p. 1; Heinrich BECKMANN, "Zur Regelung der vorsätzlichen Tötungsdelikte", *GA* 1981, p. 337; Albin ESER, "Gutachten D zum 53. DJT", 1980 (al respecto, ponencias de Hans FUHRMANN y Karl LACKNER en "DJT-Sitzungsbericht M", Múnich, 1981); Gerd GEILEN, "Zur Entwicklung und Reform der Tötungsdelikte", *JR* 1980, p. 309; Karl-Heinz

Aquello de lo que se ha convertido en ley ha creado más problemas que los que ha resuelto. Aquí no puedo demostrar esto punto por punto y tampoco necesito hacerlo, pues ha sido demostrado en numerosas publicaciones⁽⁵⁵⁾. Arzt⁽⁵⁶⁾ habla de “una inaudita ola de sarcasmo y de ira impotente” que el legislador habría recibido de contragolpe por parte de la ciencia jurídico-penal. Pero también el TFA habla, para nombrar solamente un ejemplo, con ironía suavizada de la “nueva versión reconocida como poco feliz de la disposición sobre el robo agravado, mediante la sexta Ley de Reforma Penal”⁽⁵⁷⁾ y busca ocupar a la Sala Grande para que arroje luz sobre lo oscuro de esta disposición. Esta ley no es un caso aislado. Por ejemplo, la Ley de trasplantes de 1997 limita la altruista donación de órganos entre vivos con una rigurosidad extrema que ni es objetiva ni tampoco es siquiera conforme constitucionalmente ... ipese a lo que diga el Tribunal Constitucional!⁽⁵⁸⁾.

GÖSSEL, “Überlegungen zur Reform der Tötungsdelikte”, *DRiZ* 1980, p. 281; Burkhard JÄHNKE, “Über die gerechte Ahndung vorsätzlicher Tötung und über das Mordmerkmal der Überlegung”, *MDR* 1980, p. 705; Harro OTTÓ, “Straftaten gegen das Leben”, *ZStW* 83 (1971), p. 39; Hinrich RÜPING, “Zur Problematik des Mordtatbestandes”, *JZ* 1979, p. 617; Heinz ZIPP, “Kriminalpolitische Überlegungen zu einer Reform der Tötungsdelikte usw.”, en: LH a Würtenerberger, Berlín, 1977, p. 151.

- (55) De manera representativa menciónense aquí solamente las siguientes exposiciones panorámicas: Friedrich DENCKER/Eberhard STRUENSEE/Ursula NELLES/Ulrich STEIN, “Einführung in das 6. StrRG”, Múnich, 1998; Ellen SCHLÜCHTER (edit.), “Bochumer Erläuterungen zum 6. StrRG”, Fráncfort del Meno, 1998; Tarjana HÖRNLE, “Die wichtigsten Änderungen des Besonderen Teils des StGB durch das 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts”, *Jura* 1998, p. 169; Christian JÄGER, “Die Delikte gegen das Leben und die körperliche Unversehrtheit nach dem 6. StrRG - Ein Leitfaden für Studium und Praxis”, *JuS* 2000, vol. 1; Claus KRESS, “Das Sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts”, *NJW* 1998, p. 633; Hans KUDLICH, “Das 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts”, *JuS* 1998, p. 468; Rudolf RENGIER, “Die Brandstiftungsdelikte nach dem Sechsten Gesetz zur Reform des Strafrechts”, *JuS* 1998, p. 397; Gregor STÄCHELIN, “Das 6. Strafrechtsreformgesetz - Vom Streben nach Harmonie, großen Reformen und höheren Strafen”, *StV* 1998, p. 98; Gereon WOLTERS, “Das sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts”, *JZ* 1998, p. 397.
- (56) Gunther ARZT, *ZStW* 111 (1999), vol. 4.
- (57) BGH en *NSZ* 1999, p. 302.
- (58) BVerfG AZ 1 BvR 2181/2182/2183/98. Lamentablemente, la Primera Cámara del Primer Senado no ha admitido a trámite la queja constitucional fundamentada convincentemente por Ulrich SCHROTH. Comp. también Ulrich SCHROTH, “Die strafrechtlichen Tatbestände des Transplantationsgesetzes”, *JZ* 1997, p. 1151.

Aquí interrumpo haciendo un resumen: en el futuro, la ciencia jurídico-penal tendrá que aconsejar al legislador de manera más intensa a lo que ha ocurrido desde las primeras dos leyes de reforma penal, si se quiere evitar una ruina de nuestra cultura penal. Las “hearings” [audiencias] muy cortas, que llegan muy tarde y frecuentemente solo tienen la función de servir de coartada, son tan poco suficientes como la concesión no vinculante de posibilidades de expresarse sobre los planes legislativos. Más bien se necesita una incorporación institucional de expertos científicos en las sesiones sobre proyectos, tal como ocurrió en su momento en la Gran Comisión de Derecho Penal. No es este el lugar para entrar a detallar sobre la organización. A principios de año, en la Jornada de Catedráticos de Derecho Penal de Halle, ARZT difundió recomendaciones constructivas con las que deberíamos familiarizarnos⁽⁵⁹⁾. Para mí no hay dudas de que aquí radica una gran tarea científica del futuro.

VI. POLÍTICA CRIMINAL CIENTÍFICA

En estrecha relación con ello se encuentra mi próximo y quinto postulado para el futuro: el desarrollo más amplio e intenso de los conceptos político-criminales y de proyectos de reforma por la ciencia jurídico-penal. Con ello, opino, no la ya tratada actuación asesora en proyectos preparados por el legislador, sino la elaboración de concepciones de reforma independientes que sean presentadas al mundo de la especialidad para la discusión, y al legislador para motivarlo a iniciativas legislativas. Si es que ello ha ocurrido muy poco hasta ahora, eso tiene presumiblemente su motivo en la concepción tradicional que ve la tarea de la jurisprudencia en la interpretación y sistematización del Derecho vigente y considera que la creación de nuevas leyes sería una tarea política y no precisamente científica.

Pero esta no es una objeción convincente. Y es que la ciencia no debe promulgar leyes, sino recomendarlas. Y tampoco estas recomendaciones deben basarse en pareceres subjetivos y arbitrarios, irrelevantes legislativamente, sino deben desarrollar los mandatos de la Constitución concretán-

⁽⁵⁹⁾ Gunther ARZT, *ZStW* 111 (1999), vol. 4.

dolos, es decir, especialmente el principio de Estado de Derecho y Estado Social, la validez absoluta de la dignidad humana, la importancia de los derechos fundamentales y los resultados de la discusión internacional de reforma. Esta es una genuina tarea científica y que solamente puede ser llevada a cabo competentemente por científicos. El desarrollo científico de proyectos de reforma y de propuestas de ley tiene una cierta tradición en Alemania, tradición que va desde Franz VON LISZT y sus discípulos hasta los Proyectos Alternativos de la posguerra⁽⁶⁰⁾. Pero la ciencia penal como un todo hasta ahora no ha hecho nunca suya esta tarea.

Es mi deseo para la ciencia jurídico-penal del futuro el que esto cambie. El motivo de esta exigencia radica en que el legislador, como instancia parlamentaria, ya no está en capacidad de realizar grandes reformas legislativas, por lo menos no por su propia fuerza. Esto lo muestra la historia de la reforma penal alemana, la cual no ha ido más allá de una nueva parte general del StGB. La parte especial, e incluso el ordenamiento procesal penal, todavía descansan sobre las bases del siglo XIX. Y también la parte general del Código penal solamente ha llegado a ser realidad gracias a circunstancias que ya he mencionado en mi programa para el futuro: a través de quince años de recomendaciones intensas y la cooperación científica, aunque sin mandato oficial, de los profesores del proyecto alternativo.

Lo que el legislador por sí solo o con ayuda de algunos pocos expertos realiza, sirve preponderantemente para la actualización de lo cotidiano: la celeridad del proceso penal⁽⁶¹⁾, la lucha contra el terrorismo⁽⁶²⁾ y la

(60) Extensamente sobre el trabajo de reforma del Derecho penal desde 1871: ROXIN (op. cit. en nota 15), § 4.

(61) A manera de ejemplo, la ley de lucha contra la criminalidad de 28-10-1994, que ha entrado en vigor el 01-12-1994, ha regulado sobre todo el proceso acelerado de una manera nueva; más detalles al respecto, ROXIN (op. cit. en nota 3), § 72, n. marg. 25, c. más ref.

(62) Así, la Ley de Modificación del StPO de 14-04-1978 ha ampliado las facultades de investigación de la Policía durante el esclarecimiento de los hechos terroristas, y al mismo tiempo ha restringido los derechos de los defensores y de los inculpados; más detalles al respecto, ROXIN (op. cit. en nota 3), § 72, nota 15, c. más ref. Comp. por lo demás también la Ley para la lucha contra el terrorismo de 19-12-1986, vigente desde el 01-01-1987, que contiene una centralización de la persecución penal en hechos terroristas, así como la Ley de modificaciones penales de 09-06-1989, que introdujo la regulación del "testigo de la

criminalidad organizada⁽⁶³⁾, la protección reforzada de mujeres y niños o, también, la protección en el proceso penal a los testigos y perjudicados⁽⁶⁴⁾. Estos son objetivos justificados en su tendencia, aun cuando las regulaciones creadas a menudo no son equilibradas. Pero no circula el hábito de una obra del siglo por estos artículos. Para ello se necesita de grandes concepciones no vinculadas a partidos políticos ni a períodos legislativos; concepciones que tienen que ser creadas por la ciencia penal en cooperación con la criminología y el Derecho comparado. Ya el legislador parlamentario se ocupará por sí mismo de los compromisos y recortes necesarios.

Enfatizo esta tarea porque, en caso contrario, la crítica que he hecho al moderno legislador recaerá en la ciencia jurídico-penal. Quiero mostrar esto en un ejemplo actual. Con justicia, y frecuentemente, se ha criticado que los marcos penales de los delitos violentos son muy bajos en comparación con aquellos de los delitos contra la propiedad y el patrimonio. El legislador trata de subsanar esto desde hace algunos años y especialmente también a través de la Sexta Ley de Reforma penal. Pero solamente en algún caso se ha llegado a una arbitraria elevación del máximo y del mínimo de la pena⁽⁶⁵⁾. Estas reformas no han satisfecho a nadie porque carecen de una fundamentación criminológica y dejan subsistentes numerosas imperfecciones intrasistemáticas (hago recordar solamente los delitos

corona” y con ello sirvió igualmente para la lucha contra el terrorismo, más detalles al respecto en ROXIN (op. cit. en nota 3), § 72, n. marg. 19 y 21.

- (63) La Ley contra la criminalidad organizada de 15-07-1992, vigente desde el 22-09-1992, está dedicada a la “Lucha contra el comercio ilegal de estupefacientes y otros fenómenos de la criminalidad organizada”; más al respecto, ROXIN (op. cit. en nota 3), § 72, nota 22, c. más ref. Mediante la Ley de mejora de la lucha contra la criminalidad organizada de 04-05-1998, vigente desde el 09-05-1998, ha sido introducido, como punto culminante por ahora, el llamado “gran ataque de escuchas telefónicas”; más detalles en ROXIN (op. cit. en nota 3), §10, n. marg. 24a, c. más ref.
- (64) Menciónese aquí solamente la Ley de protección de víctimas, dada el 18-12-1986 y vigente desde el 01-04-1987, así como la Ley de protección de testigos, dada el 30-04-1998 y vigente desde el 01-12-1998; más detalles al respecto, ROXIN (op. cit. en nota 3), § 72, n. marg. 18 y 26.
- (65) Comp. sobre cada una de las modificaciones del marco penal, Claus KRESS, “Das Sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts”, *NJW* 1998, p. 634 y ss.

cualificados por el resultado). Esto se debe a que no existe una ciencia del marco penal –aparte de concepciones puntuales–. Pero un sistema científico del marco penal sería el presupuesto para un buen trabajo legislativo. Algo correspondiente es válido para otros grandes proyectos de reforma.

Entonces, la ciencia jurídico-penal se volcará de manera más fuerte hacia proyectos del futuro y para ello, haciendo una observación al margen, también educará al grupo de trabajo que contradiga la tradicional imagen del intelectual como un luchador individual y solitario, pero que abra muchas y nuevas vías de aprendizaje y conocimiento.

VII. LA LABOR EN EL DERECHO PENAL SUPRANACIONAL

Mi sexto y último aspecto del futuro se refiere al Derecho penal supranacional. ¿Dónde y cómo surgen aquí nuevas tareas para la ciencia jurídico-penal? En un breve resumen menciono cuatro ámbitos, cuyo trabajo científico tienen para mí una urgencia diferenciada.

1. El desarrollo científico del Derecho internacional penal

En una época no muy lejana tendrá que elaborarse un Código penal mundial en el ámbito del Derecho internacional penal. Y es que el Tribunal Penal internacional, cuya instauración es inminente⁽⁶⁶⁾, a largo plazo no

(66) Los esfuerzos por instaurar un Tribunal Penal Internacional (por sus siglas en alemán: IStGH) (comp. Kai AMBOS, "Zum Stand der Bemühungen um einen ständigen Internationalen Strafgerichtshof und ein Internationales Strafgesetzbuch", *ZRP* 1996, p. 263; Hans-Heinrich JESCHECK, "Zum Stand der Arbeiten der Vereinten Nationen für die Errichtung eines Internationalen Strafgerichtshofs", en: LH a Nishihara, Baden-Baden, 1998, p. 437; Heribert OSTENDORF, "Thesen zur Ahndung von Völkerrechtsverbrechen", *ZRP*, 1996, p. 467) han llevado a la promulgación de un estatuto de fundación, dado en Roma entre el 17 y el 18-07-1998 (reproducido en *EuGRZ* 1998, p. 618 y ss.). Más detalles sobre el IStGH, el cual tendrá su sede en La Haya: Kai AMBOS, "Der neue Internationale Strafgerichtshof - ein Überblick", *NJW* 1998, p. 3743; Ulrich FASTENRATH, "Der Internationale Strafgerichtshof - ein Meilenstein in der Entwicklung des Völkerrechts", *NJW* 1998, p. 2650; Herwig ROGEMANN, "Der Ständige Internationale Strafgerichtshof und das Statut von Rom 1998", *NJ* 1998, p. 505; Carsten STAHN, "Zwischen Weltfrieden und materieller Gerechtigkeit - Die Gerichtsbarkeit des Ständigen Internationalen Strafgerichtshofs (IntStGH)", *EuGRZ* 1998, p. 577; Otto TRIFFTERER, "Der ständige Internationale Strafgerichtshof - Anspruch und

podrá tener suficiente con los pocos y vagos tipos que han sido elaborados siguiendo al Tribunal de Núremberg por la vía del Derecho internacional consuetudinario. Indudablemente que es necesario sancionar penalmente hechos como el genocidio y delitos contra la humanidad, sin importar si son cometidos durante confrontaciones entre países o en guerras civiles. Pues el efecto preventivo de un Derecho internacional penal efectivo, al apenas poder algún autor sustraerse a su descubrimiento, será mayor que el del Derecho penal individual. Este efecto puede significar un paso decisivo por la vía de la realización del antiquísimo sueño de la humanidad de tener una paz eterna.

Pero tipos como los mencionados son elásticos e imprecisos y no resisten las exigencias de certeza que han sido internacionalmente reconocidas desde antiguo para el Derecho penal intraestatal. Ellos pueden desviar hacia un abuso político y, en tal caso, provocar más conflictos internacionales que los que impida. Por ello se explica la actual reserva de algunos países frente a tal tribunal competente para todo el mundo. Esta desconfianza solamente podrá superarse a través de la elaboración de una obra reglamentaria exacta y capaz de consenso en el Derecho internacional penal. Para la ciencia jurídico-penal, que tendrá que cooperar en este campo con el Derecho internacional público, se abre aquí un campo de trabajo completamente nuevo. Y es que los tipos delictivos no son los mismos que en el Derecho penal intraestatal, y en gran parte recién tienen que ser creados o se les debe dar contornos. También para el aspecto del procedimiento de tal Tribunal internacional tendrá que crearse una codificación.

2. ¿Necesitamos un Código penal para Europa o para la Unión Europea?

Por el contrario, veo muy lejano un Código penal válido para la criminalidad general en toda Europa o que abarque siquiera a los países de la Unión Europea⁽⁶⁷⁾. Como es conocido, las instancias europeas no poseen

Wirklichkeit", en: LH a Zipf, Heidelberg 1999, p. 493. De manera general, "Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht", Gerhard WERLE, *ZStW* 109 (1997), p. 808.

(67) Comp. sobre la "europeización" o la "internacionalización" del Derecho penal y de la ciencia jurídico-penal p. ej. Gerhard DANNECKER, "Der Allgemeine Teil eines europäischen

hasta ahora potestades para dar normas penales; y estas difícilmente pueden imponerse por razones jurídico-estatales.

Pero aparte de ello, me parece también que, para un tiempo previsible, no es deseable un Código penal europeo. Lo que de similitudes existe y puede ser trabajado en Europa –y ya he demostrado que esto es mucho– también puede realizarse en el marco de la legislación penal nacional. Pues en nuestro Derecho penal continuamente en desarrollo debemos buscar la mejor solución que corresponda; en el estado actual de la cultura jurídico-penal esta solución no podrá ser alcanzada mediante un Código penal unitario.

Ya he explicado que una cierta medida de diversidad no solamente forma parte de una de las tradiciones europeas más fructíferas, sino también puede corresponderse con las exigencias objetivas del Derecho. La nivelación de todas las diferencias cuenta desde hace tiempo entre los peligros del centralismo, que también puede observarse de vez en cuando en la actividad de las autoridades europeas. Además, un “Código penal unitario” compendiado en un futuro cercano no codificaría las mejores opiniones objetivas, sino necesariamente compromisos políticos. A menudo tales compromisos políticos constituyen malas soluciones porque determinadas constelaciones de poder tienen más influjo en ellas que el entendimiento científico objetivo, y porque incluso si hubieran concesiones recíprocas, no es raro que se den regulaciones contradictorias inferiores a aquellos modelos refundidos en un compromiso.

Por estos motivos me parece, por lo menos para las próximas décadas, que es mejor que se mantenga la libre competencia de los ordenamientos penales nacionales. Estos se caracterizan, como ya se dijo, de todos modos

Strafrechts als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft”, en: LH a Hirsch, Berlín, 1999, p. 141; Kristian KÜHL, “Europäisierung der Strafrechtswissenschaft”, *ZStW* 109 (1997), p. 771; Frederik RÜTER, “Harmonie trotz Dissonanz: Gedanken zur Erhaltung eines funktionsfähigen Strafrechts im grenzenlosen Europa”, *ZStW* 105 (1993), p. 30; Ulrich SIEBER, “Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht”, *ZStW* 103 (1991), p. 957; Joachim VOGEL, “Wege zu europäisch-einheitlichen Regelungen im Allgemeinen Teil des Strafrechts”, *JZ* 1995, p. 331; Thomas WEIGEND, “Strafrecht durch internationale Vereinbarungen - Verlust an nationaler Strafrechtswissenschaft?”, *ZStW* 105 (1993), p. 774.

por un grado de similitudes en continuo crecimiento. Y allí donde están justificadas por circunstancias culturales o sociales las diversidades existentes, por lo menos constituyen un gran campo experimental que finalmente dará paso a la mejor solución. En una palabra: el crecimiento evolutivo conjunto del ordenamiento penal europeo es preferible a la imposición centralista de una codificación unitaria. Por ello me parece que la elaboración y la interpretación científicas de un Código penal europeo es recién una tarea de la generación siguiente a la que viene. Esto no será todavía un tema del futuro próximo.

3. ¿Necesitamos un Código penal tipo europeo?

Es otra cuestión el que se deba crear legalmente un Código penal modelo europeo no vinculante⁽⁶⁸⁾, del cual los países europeos, y eventualmente otros países, podrían tomar recomendaciones para la labor legislativa. Para tal proceder hay modelos en Norte y Sudamérica, y también el Consejo de Europa se ha ocupado de tales reflexiones. Además, naturalmente es potestad de cualquier institución, cualquier grupo de trabajo científico e incluso de cualquier catedrático, elaborar tal código modelo. Pero presumiblemente solo conseguiría autoridad un proyecto de este tipo promulgado por las Comunidades Europeas. Soy escéptico frente a tal Código Penal modelo cuasi-oficial. Y es que muchas de las objeciones que fueron hechas contra una codificación penal para toda Europa también son válidas frente a un modelo unitario no vinculante. Mucho dependería de la composición de la Comisión encargada de crear tal modelo, y mucho dependería también de los influjos políticos, en vez de los científicos. Pero sobre todo: no necesitamos tal modelo⁽⁶⁹⁾. En las últimas décadas muchos países europeos se han provisto total o parcialmente de nuevos Códigos penales, y al hacerlo han considerado naturalmente el estado de conocimiento científico de Europa y, lo que es más importante, también el

(68) Extensamente al respecto, Ulrich SIEBER, "Memorandum für ein Europäisches Modellstrafgesetzbuch", *JZ* 1997, p. 369 y ss., c. num. y más ref.

(69) Otra opinión defiende Ulrich SIEBER, "Memorandum für ein Europäisches Modellstrafgesetzbuch", *JZ* 1997, p. 378 y s., quien espera de un Código penal modelo, en todo caso, el refuerzo de la cooperación internacional.

de importantes países no europeos. No me parece francamente comprensible qué conocimientos esencialmente nuevos ofrecería a los legisladores nacionales un modelo unitario, necesariamente más pobre en lo esencial frente a la riqueza de las ofertas internacionales.

Algo diferente ocurre con los esfuerzos puramente científicos, libres de influencia política, en este campo, tal como propugnan TIEDEMANN⁽⁷⁰⁾ y sus discípulos en Alemania, y que en parte también ya han sido puestos en movimiento. Pues si alguna vez se llevara a cabo un Código penal modelo europeo –y, como se sabe, los esfuerzos de centralización son fuertes en todos los ámbitos– por lo menos no debería ser impuesto por Bruselas, sino creado por los primeros expertos de la ciencia penal europea. Preparar tal desarrollo puede ser visto actualmente ya como tarea de la ciencia jurídico-penal. Ella podría ser un producto accesorio de la internacionalización de las ciencias penales nacionales exigida al principio, y podría constituir en cierta forma su quintaesencia.

4. Objetos para una regulación en toda Europa

Pero sin perjuicio de mis reservas frente a una unificación total del Derecho penal europeo, hay áreas parciales que, también según mi concepción, tienen que ser sometidos urgentemente a una regulación supranacional, y en las cuales existen urgentes necesidades científicas. Nombraré solamente a dos:

a) *Los intereses económicos financieros de la Unión Europea*

En primer lugar, los intereses científicos y financieros de la Unión Europea necesitan una especial protección penal, la cual razonablemente tendría que ser la misma en todos los países que pertenecen a ella. La Unión intenta conseguir esto ya ahora, pero por vías distintas y confusas:

⁽⁷⁰⁾ Comp. p. ej. Klaus TIEDEMANN, “Das neue Strafgesetzbuch Spaniens und die europäische Kodifikationsidee”, *JZ* 1996, p. 647. Acerca de la regulación de la autoría y la participación en el Derecho penal europeo, ver Klaus TIEDEMANN, “Regelung von Täterschaft und Teilnahme im europäischen Strafrecht”, en: *LH a Nishihara*, Baden-Baden, 1998, p. 496.

mediante disposiciones penal-administrativas⁽⁷¹⁾ que no tienen carácter de sanciones del Derecho criminal pero que se le parecen; a través de convenios recíprocos y obligaciones en tratados de cada uno de los miembros; mediante directivas, y mediante la exigencia de una interpretación “favorable a Europa” de las normas penales nacionales⁽⁷²⁾. Este embrollo de regulaciones y de exigencias (que, en parte, recién deben ser puestas en práctica por los parlamentos y tribunales nacionales) tiene que ser reconocido por la ciencia jurídico-penal como área jurídica independiente, tiene que ser sistematizado y trabajado jurídicamente de manera que no solamente se le incorpore con el mismo contenido a los ordenamientos jurídicos nacionales, sino también sea interpretado unitariamente en la práctica de los tribunales. Aquí radica una tarea a la cual la ciencia jurídico-penal hasta ahora le ha dedicado poca atención. El así llamado Corpus Juris, que tiene por contenido tales regulaciones⁽⁷³⁾, ha sido trabajado por pocos expertos (aunque por cierto importantes), excluyendo una mayor opinión pública científica⁽⁷⁴⁾, y, como ha afirmado últimamente HASSEMER⁽⁷⁵⁾, coloca un

- (71) Comp. Gerhard DANNECKER, en: Albin ESER/Barbara HUBER, “Strafrechtsentwicklung in Europa”, Friburgo de Brisgovia, 1995, p. 83 y ss.; Ulrich SIEBER, “Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht”, *ZStW* 103 (1991), p. 965 y ss.; Klaus TIEDEMANN, en: Dieter H. SCHEUING/Karl F. KREUZER/Ulrich SIEBER (edits.), “Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union”, Baden-Baden, 1997, II.4.
- (72) Más detalles al respecto, Hans-Heinrich JESCHECK, en: *LK*, 11ra. ed., 1992, Einleitung, n. marg. 101; Theo VOGLER, “Die strafrechtlichen Konventionen des Europarats”, *Jura* 1992, p. 586 y ss.; comp. también Ulrich SIEBER, “The International Emergence of Criminal Information Law”, Colonia, 1992, p. 78 y ss., así como el panorama global sobre el Derecho penal europeo en Hans-Heinrich JESCHECK/Thomas WEIGEND, “Strafrecht. Allgemeiner Teil”, 5ta. ed., Berlín, 1996, p. 182 y ss.
- (73) El “Corpus Juris de las regulaciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea” ha sido editado en 1998 por DELMAS-MARTY y ha sido publicado en una traducción alemana con una introducción de Ulrich SIEBER.
- (74) Comp., sin embargo, el informe de Barbara HUBER y de Guido RUEGENBERG sobre “Die Juristenvereinigungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaft im Spiegel ihrer Tagungen 1997”, en: *ZStW* 110 (1998), p. 279.
- (75) Winfried HASSEMER, “Corpus Juris’ - Auf dem Weg zu einem europäischen Strafrecht”, en: *KritV* 1999, p. 133.

poco unilateralmente en primer plano los intereses de persecución penal. Aquí es necesaria una discusión mucho más amplia de toda la ciencia jurídico-penal europea, para la cual el Corpus Juris solamente puede y quiere constituir una primera propuesta.

b) La lucha contra la criminalidad de efectos supranacionales

Lo correspondiente rige para aquellos delitos que, debido a su forma internacional de comisión, solamente pueden ser combatidos exitosamente de manera conjunta, p. ej. la difusión de pornografía infantil y de propaganda racista en redes informáticas⁽⁷⁶⁾, los delitos ambientales que también perjudican a países vecinos⁽⁷⁷⁾, el terrorismo internacional⁽⁷⁸⁾ y el comercio de drogas⁽⁷⁹⁾. Las regulaciones diferentes y una diferente intensidad en la persecución de dichos hechos, p. ej. en el campo de la evasión fiscal y de la fuga fiscal, crean también “oasis de criminalidad” que pueden dificultar mucho o hacer imposible una lucha nacional contra tales delitos. También en este ámbito ya se ha hecho algo para la unificación, sobre todo a través del Consejo de Europa. Pero la ciencia no debería dejar estos ámbitos a los políticos, sino cooperar activamente en su unificación sobre una base europea. Con el tiempo se dará, entonces, un núcleo de disposiciones comunes que podría extenderse paso por paso y podría formar una semilla para un paulatino crecimiento conjunto de los ordenamientos jurídico-penales europeos.

(76) Comp. sobre los problemas criminológicos, técnicos, de Derecho material y procesal de estos delitos, Ulrich SIEBER, en Thomas HOEREN/Ulrich SIEBER (edits.), “Handbuch Multimedia-Recht”, Múnich, 1999, parte 19; *idem*, “Das Territorialitätsprinzip der §§ 3, 9 StGB im globalen Cyberspace”, *NJW* 1999, p. 2065.

(77) Comp. sobre los aspectos internacionales del Derecho penal del ambiente, extensamente, Michael KLOEPFER/Hans-Peter VIERHAUS, “Umweltstrafrecht”, Múnich, 1995, n. marg. 163 y ss., c. num. y más ref.

(78) Más detalles, George DAETWYLER, “Der Terrorismus und das internationale Strafrecht”, Zúrich, 1981.

(79) Comp. p. ej. Kai AMBOS, “Die Drogenkontrolle und ihre Probleme in Kolumbien, Peru und Bolivien”, Friburgo de Brisgovia, 1993.

VIII. CONCLUSIÓN

Con ello llego al final. Mi generación fue la primera que pudo estudiar en las universidades en la época de posguerra sin el peso de la dictadura y la guerra, y que se vio colocada ante la tarea de trabajar conjuntamente con los mayores de entonces en el desarrollo de un nuevo Derecho penal y procesal penal para un Estado social y de derecho, y de recuperar para la ciencia jurídico-penal alemana su prestigio internacional. Esta generación está retirándose ahora poco a poco del escenario. Y quisiera dejar aquí abierta la cuestión de cuánto han sido alcanzados sus objetivos (porque además esto no pertenece a mi tema). Pero como resumen lapidario para las siguientes generaciones quiero insistir en algo, aprovechando el trasfondo de mi ponencia: las tareas que dejamos para el futuro son todavía más amplias y complicadas que las que encontramos nosotros en su momento.

Acerca de la consolidación político-criminal del sistema de Derecho penal (*)



La idea de estructurar las categorías sustentadoras del Derecho penal bajo aspectos político-criminales⁽¹⁾ permite hacer fructíferos “para la dogmática penal” postulados socio-políticos, así como también hallazgos empíricos y datos criminológicos especiales. Si se procede de esta manera, el sistema jurídico-penal deja de ser solo un todo ordenado conceptualmente de conocimientos con validez general, y se abre al desarrollo social, desarrollo con el cual también tiene que ver la Criminología al explicar y controlar la delincuencia. Puede ser útil para los lectores peruanos exponer esto a continuación con más detalle.

I. ACERCA DE LA TEORÍA DEL INJUSTO

1. Libertad valorativa de las concepciones causal y final en el ámbito del injusto

Como es sabido, en el presente siglo, la teoría del injusto penal ha sido construida sobre los elementos fundamentales y sustentadores de la

(*) Esta es una versión previa, modificada para la publicación peruana, del artículo titulado en alemán: “Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems”, y que fuera luego publicado en el LH a Günther Kaiser, Berlín, 1998, pp. 885-896.

(1) Se expone y explica detenidamente en mi monografía “Kriminalpolitik und Strafrechtssystem”, 2ª ed., 1973, así como en mi manual “Strafrecht AT”, t. I, 3ª ed., 1997, cap. 7, n. marg. 51-84 y en lugares diversos. Lo dicho allí no debe ser repetido.

causalidad y de la finalidad, a través de los proyectos sistemáticos de la teoría “clásica” (y después neoclásica), así como más tarde (a partir de 1930) de la teoría final de la acción, respectivamente, proyectos que aparecieron históricamente el uno tras el otro. Se ha discutido mucho tiempo sobre si la causalidad, cuando se la ve como elemento sustentador de la realización del tipo, puede ser adecuada para los delitos de omisión. En la teoría final de la acción, se ha añadido el problema de si la imprudencia constitutiva del tipo puede ser comprendida por el criterio de la finalidad⁽²⁾.

Los resultados insatisfactorios de estos intentos de integración han contribuido esencialmente a que la discusión entre “causalistas” y “finalistas”, que dominaba todavía durante los primeros 25 años de posguerra, hubiera acallado hoy en día y que ambas concepciones en Alemania tengan apenas pocos adeptos. Haciendo una retrospectiva histórico-dogmática resaltan menos las diferencias que las similitudes entre ambas teorías: ellas fundamentan el sistema de Derecho penal en categorías ónticas, libres de valores, inmunizadas desde el principio contra objetivos sociales y político-criminales. La relación causal (en el sentido de la teoría de la equivalencia) y también su sobredeterminación final intentan describir leyes estructurales del acontecimiento del mundo exterior que antecede a cualquier valoración.

2. La teoría funcional del injusto como teoría de la imputación derivada de la tarea del Derecho penal que es fundamentada por la Política criminal y está abierta a lo empírico

Frente a estas concepciones, el proyecto sistemático político-criminal y teleológico (“funcional”), que desde aproximadamente 1970 encuentra un número cada vez mayor de adeptos⁽³⁾, trae un cambio casi copernicano. La teoría de la imputación objetiva, al interpretar la acción típica como realización de un riesgo no permitido en el marco del radio de acción

(2) Comp. al respecto, discutiendo con la concepción finalista más avanzada y fructífera de STRUENSEE (JZ 1987, p. 53 y ss.; 1987, p. 541 y ss.; GA 1987, p. 97 y ss.) últimamente ROXIN, LC a Armin Kaufmann, 1989, p. 237 y ss. (p. 247 y ss.).

(3) Comp. al respecto por citar solamente, c. más ref., ROXIN, “Strafrecht, AT”, t. 1, 3^{ra.} ed., 1997, cap. 7, n. marg. 24 y ss.

del tipo⁽⁴⁾, estructura el injusto desprendiéndose de sus distintas formas fenomenológicas ónticas, recurriendo a la función del Derecho penal e incluyendo valoraciones que recién constituyen la acción típica (el riesgo no permitido, el radio de acción del tipo).

Y es que el injusto penal no puede ser caracterizado mediante categorías como la de la causalidad o la finalidad. Él no es causalmente necesario o causado de manera final, como por ejemplo en la omisión. Y también, donde se presentan estas estructuras, les falta relación con el Derecho penal, de manera que no sirven para caracterizar lo que de una acción típica es penalmente relevante. Mas bien, desde el punto de vista de un sistema funcional de Derecho penal, el injusto de la imprudencia y el de la omisión es el resultado de una imputación según parámetros jurídicos. Luego, los problemas esbozados tanto de la teoría causal como de la teoría final de la acción carecen de objeto desde el principio.

Pero las diferencias de las concepciones sistemáticas trascienden más: cuando se concibe la acción típica como realización de un riesgo no permitido, se deriva el acontecimiento penalmente relevante de la tarea del Derecho penal de evitar los riesgos sociopolíticamente intolerables para el particular y la sociedad. La idea de riesgo va –como se sabe– más allá de la dogmática penal y toca problemas fundamentales de la sociedad moderna y de su control⁽⁵⁾. Su elaboración dogmática posibilita y exige la inclusión de planteamientos político-criminales y empíricos, y conduce a la dogmática, encerrada por las viejas concepciones sistemáticas en su estructura conceptual, hacia una apertura a la realidad.

La polémica que hoy en día está en el centro de la discusión penal fundamental sobre si los delitos de peligro abstracto son legítimos o

(4) Comp. más al respecto en ROXIN, "Strafrecht, AT", t. 1, 3^{ra} ed. 1997, cap. 11, n. marg. 39 y ss.

(5) Compárese solamente el muy discutido libro del sociólogo BECK sobre la "Risikogesellschaft" [sociedad de riesgos] (1986), la monografía de KRATZSCH sobre "Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht" [Control de conductas y organización en el Derecho penal] (1985) y el trabajo de PRITTWITZ sobre "Strafrecht und Risiko" [Derecho penal y riesgo] (1993).

no⁽⁶⁾, no puede decidirse –por escoger solamente este ejemplo– en el sentido de una afirmación o negación global, sino solamente investigando, analizando y valorando politicocriminalmente las puestas en peligro para un concreto bien jurídico que parten de una conducta determinada. Este procedimiento no rige solamente para la valoración político-jurídica de normas ya existentes o para fundamentar la formulación de exigencias de lege ferenda, sino también para el espacio interpretativo del derecho vigente. Aquí también son exigidas las ciencias empíricas para la labor dogmática.

Lo mismo rige para el concepto del riesgo permitido: allí donde este no está fijado legalmente, el juicio jurídico no puede ser dado sin considerar investigaciones empíricas. Así, cuando se quiere saber si constituyen acciones de lesiones corporales los contactos sexuales que ha tenido un infectado de sida, usando o no un condón, con una persona que ignoraba su enfermedad, esto puede decidirse solo bajo una estimación exacta del riesgo de infección, ayudándose con parámetros fundados sociopolíticamente relativos a los límites de lo socialmente tolerable⁽⁷⁾. Así, la política social y los datos de la realidad ingresan en la interpretación de las acciones típicas de manera inmediata sobre la base del principio de riesgo, el cual tiene un papel sistemático directriz.

Pero un sistema de Derecho penal racional en cuanto a sus fines se diferencia en el “ámbito del injusto” de los proyectos sistemáticos causales y finales no solamente a través de su apertura a lo empírico y político-criminal, sino precisamente por no reconocer que la acción típica sea exclusivamente algo dado previamente conforme al ser; la acción típica es más bien un producto de la valoración legislativa. Sobre si p. ej. constituiría una acción dolosa de homicidio el que alguien, consciente de las posibles consecuencias, venda drogas a otro, quien conociendo plenamente el riesgo se inyecta y muere a continuación, no puede decidirse con ayuda

(6) Comp. al respecto, c. más ref., ROXIN, “Strafrecht, AT”, t. 1, 3^{ra}. ed., 1997, cap. 2, n. marg. 26 y ss.

(7) Comp. sobre los problemas aquí existentes y sobre las cuestiones discutibles en ROXIN, c. más refs., “Strafrecht, AT”, t. 1, 3^{ra}. ed., 1997, cap. 11, n. marg. 108 y ss.

de categorías como la causalidad o la finalidad, sino solamente mediante la teoría de la imputación objetiva. Según esta no se presenta una acción de homicidio, porque la imputación se ve limitada mediante el principio de la autorresponsabilidad [propia responsabilidad]⁽⁸⁾.

3. Objeciones

Después de todo esto, difícilmente podrá estarse de acuerdo con HIRSCH (uno de los últimos defensores comprometidos del finalismo en nuestros días) cuando opina “que a la reestructuración sistemática realizada por WELZEL no han seguido nuevas concepciones dogmáticas de naturaleza fundamental que sean convincentes”⁽⁹⁾. En los delitos dolosos, este autor contempla los problemas de la imputación objetiva como cuestiones del dolo⁽¹⁰⁾. Pero cuán poco esto es así, lo muestran los casos ya expuestos sobre el Sida y las drogas. Si bien eventualmente a los actores les falta el dolo típico, aun cuando hubieran contado con un posible resultado de lesiones o muerte (o incluso hubieran tenido esta intención), ello no radica en la falta de finalidad de su accionar, sino en que no existe un tipo objetivo al cual pueda referirse el dolo delictivo. Por ello, la *sedes materiae* es el tipo objetivo y no el dolo⁽¹¹⁾.

Sobre los delitos imprudentes opina HIRSCH⁽¹²⁾: “Si se contempla... la relación de infracción del deber en los delitos imprudentes de resultado, entonces, se trata ciertamente de un punto de vista objetivo, a saber, el contexto de condiciones entre la acción querida y contraria al deber cuidado y el resultado causado. Pero el modo de la relación entre la acción

(8) BGH, s. penal, t. 32, p. 262, con anotaciones de ROXIN, NStZ 1984, p. 411. Más sobre todo esto, ROXIN, “Strafrecht AT”, t. 1, 3^{ra} ed., 1997, cap. 11, n. marg. 91-104.

(9) HIRSCH, LH a la Facultad de Derecho de Colonia, 1988, p. 399 y ss. (420).

(10) HIRSH, “Die Entwicklung der strafsrechtsdogmatik in der bundesrepublik deutschlar in grundsätzlicher sicht”, en HIRSCH/WEIGEND (edit.), “strafrecht und kriminalpolitik in Japan und Deutschland”, 1989, p. 65 y ss. (esp. p. 68).

(11) Comp. ya antes al respecto, tratando otros ejemplos empleados por Hirsch, ROXIN, “Die Lehre von der objektiven Zurechnung”, en la edición especial de la Chengchi Law Review sobre el simposio taiwanés-alemán-español, Taipai, 1989, p. 219 y ss. (236 y ss.).

(12) Igual que nota 10, p. 68.

contraria al deber de cuidado y el resultado resulta ya de la esencia del delito imprudente en el cual el resultado tiene que descansar precisamente en la infracción del correspondiente deber de cuidado. Por ello, tampoco queda ningún espacio para una teoría independiente de la imputación objetiva”. Pero lo que aquí –con camuflaje ontológico– es tenido por “esencia” del delito imprudente es (aparte de que lo mismo vale para los delitos dolosos⁽¹³⁾) precisamente la regla central de la imputación, de que el resultado tiene que presentarse como realización del riesgo no permitido que el mandato típico de cuidado debía prevenir⁽¹⁴⁾. Con ello se reconoce en el fondo que una sistematización de la imprudencia no es posible con ayuda de la finalidad, sino solamente según las reglas de la imputación objetiva.

Otra objeción contra el sistema racional en cuanto a sus fines, que trabaja con reglas de imputación, se dirige contra la supuesta indeterminación de sus conceptos: “Detrás de aquella teoría se esconde actualmente... fácilmente la tendencia, por cierto no propugnada por Roxin, de colocar conceptos generales confusos en lugar de la definición y sistematización objetivamente precisas”⁽¹⁵⁾. Es cierto que pueden ser defendidas a veces distintas opiniones allí donde tienen que deducirse decisiones valorativas de imputación a partir de premisas político-criminales y datos empíricos; esto es una peculiaridad de toda labor jurídica que jamás puede proveer resultados matemáticamente seguros. Pero, aparte de ello, tal como muestran las nuevas monografías⁽¹⁶⁾, la concepción funcional y racional en cuanto a sus fines ha llevado a una diferenciación sistemática y a una “precisión” en el ámbito del injusto, tanto doloso como imprudente, que han superado de lejos a todos los anteriores esfuerzos en cuanto a productividad y capacidad de consenso.

(13) Más al respecto, ROXIN, “Finalität und objektive Zurechnung”, LC a Armin Kaufmann, 1989, p. 237 y ss., en el marco de una discusión con Armin Kaufmann, “Objektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt”, LH a Jescheck, 1985, t. 1, primera parte, p. 251 y ss.

(14) Comp. más al respecto, ROXIN, “Strafrecht, AT”, t. 1, 3^{ra} ed., 1997, cap. II, n. marg. 72 y ss.

(15) HIRSCH, igual que nota 10, p. 69 y ss.

(16) Así, WOLTER, “Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem”, 1981; FRISCH, “Vorsatz und Risiko”, 1983; el mismo autor, “Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges”, 1988.

II. ACERCA DE LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD

1. Su deducción de la teoría de los fines de la pena y la inclusión de la idea de prevención

Así como hay que sistematizar el injusto a partir de las tareas del Derecho penal –la evitación de riesgos socialmente intolerables– con ayuda de reglas de imputación vinculadas a ellas, la responsabilidad, como segunda categoría central del sistema del hecho punible, debe fundarse en la teoría de los fines de la pena. Mientras que mediante la teoría del injusto se responde a la cuestión de qué hechos son objeto de las prohibiciones penales, la categoría de la responsabilidad tiene que resolver el problema de bajo qué presupuestos el autor puede ser hecho penalmente responsable por un injusto realizado por él.

El que para ello solamente deba importar la culpabilidad del autor es el punto de vista de la teoría pura de la retribución, según la cual el sentido de la pena radica exclusivamente en la compensación de la culpabilidad. Con tal teoría de la retribución, se corresponde el hacer depender la punibilidad del autor que actúa injustamente solo, de su culpabilidad. Por ello, era consecuente que, en la época de un Derecho penal puramente retributivo, la “culpabilidad” constituyera el único contenido de la categoría del delito, construida sobre la base del injusto y que sea fundamentadora de la punibilidad individual. Pero es extraño y anacrónico que aún hoy en día nuestra dogmática, tomando como base el injusto penal, tenga como objeto de debate solamente la “culpabilidad” del autor, contemplada como nivel delictivo independiente, pese a que solo rara vez alguien siga la teoría estricta de retribución, la cual por lo demás tampoco puede ser tomada como base debido a los arts. 46 [medición de la pena], 46a [reparación civil], 47 [privación de la libertad de corta duración solo de manera excepcional] StGB, 153 [no persecución penal de casos los de bagatela] StPO de nuestra legislación penal⁽¹⁷⁾.

(17) Comp. más en ROXIN, “Strafrecht, AT”, t. 1, 3^{ra}. ed., 1997, cap. 3, n. marg. 2-10, 44-47.

No obstante, cuando se parte de que la culpabilidad es una condición necesaria aunque no suficiente para la imposición de una pena, debe adicionarse todavía a la culpabilidad –de quien comete el injusto pese a la asequibilidad normativa⁽¹⁸⁾– una necesidad preventiva de punición, tal como ha sido trazada por el desarrollo jurídico y las modernas teorías de la pena. Si acaso estas últimas ejercen una influencia innegable en el moderno derecho sancionador bajo la forma de que, pese a existir culpabilidad, eventualmente podría aun así archivarse el proceso, prescindirse de una pena o suspenderse condicionalmente su ejecución, entonces resulta inconsecuente (y solo explicable por la capacidad de persistencia que tienen las doctrinas tradicionales) el que sean tan poco o no sean en absoluto consideradas en la medición de la pena y en la fundamentación de la punibilidad.

Para la medición de la pena todavía rige en la jurisprudencia (con el mínimo relajamiento posibilitado por la teoría del libre espacio) la expresión: “No puede la pena desligarse, en cuanto a su contenido, de su determinación como justa compensación de culpabilidad ni hacia arriba ni hacia abajo” (BGH, s. penal, t. 24, p. 134). De ello es conocido por lo general el que la pena no deba sobrepasar la medida de la culpabilidad. Esto se explica a través de la función limitadora de pena del principio de culpabilidad, función que debe ser afirmada irrestrictamente como exigencia del Estado de derecho. Pero, ¿cómo puede fundamentarse que la pena no deba quedar por debajo de la medida de culpabilidad? Si es innegable que en un gran porcentaje de todos los delitos cometidos culpablemente se archiva el procedimiento según los arts. 153 y ss. del StPO, es decir, se renuncia por completo a una pena, no hay un argumento racional para que en caso de la imposición de una pena, esta no pueda desligarse de la medida de la culpabilidad, yendo “hacia abajo”, siempre que exigencias preventivo-especiales lo requieran y las necesidades preventivo-generales lo permitan. Los arts. 46, primer párrafo, numeral 2, 46a, 47 del StGB señalan claramente este camino trazado por la teoría del Derecho penal,

(18) Aquí no pueden ser tratados en particular los problemas vinculados al concepto de culpabilidad. Detalladamente al respecto, ROXIN, “Strafrecht, AT”, t. I, 3^{ra} ed., 1997, cap. 19, n.marg. 1-59.

y difícilmente puede comprenderse por qué se vacila tanto al seguirlo. En todo caso aquí queda un fructífero campo de trabajo para la política criminal y la criminología.

Todo esto rige también para la dogmática, es decir, la determinación de aquello que es punible. Si la pena presupone la culpabilidad, pero también siempre presupone una necesidad preventiva de punición, la consecuencia necesaria de esta posición teórica penal, que no debe ser seriamente discutida, es que también los presupuestos de la punibilidad deben ser medidos en función de esta premisa. Entonces, la categoría delictiva que sigue al injusto tiene que hacer objeto del juicio –naturalmente sin perder la vinculación con la ley–, junto a la culpabilidad, también a la exigibilidad preventiva de sanción penal y resumir ambos elementos bajo el concepto de “responsabilidad”.

2. Consecuencias prácticas y su compatibilidad con el ordenamiento jurídico

Frecuentemente he expuesto que también el legislador ve las cosas de esta manera. Los arts. 33 y 35 StGB, por ejemplo, son casos de culpabilidad atenuada, no de exclusión de la culpabilidad; la impunidad procede recién de una tolerancia del legislador que resulta posible al suprimir la necesidad de pena tanto desde la prevención general como desde la prevención especial⁽¹⁹⁾.

Y cuando se dice p. ej. en el art. 19 StGB: “Es inimputable quien al momento de cometer el hecho todavía no tiene 14 años de edad”, es evidente que esto –tomado al pie de la letra– si bien es muy cierto, no lo es en todos los casos. El joven de 13 años que rompe los cristales de la ventana de su vecino sabe, por lo general, que no debe hacer esto y puede también comportarse de tal manera; la punición paterna no alcanza, luego, a un inculpable. Cuando el legislador, no obstante, renuncia a imponer la pena, esto sucede porque la generalidad no siente que hechos delictuosos de los

(19) Más al respecto, sobre la toma de posición de la literatura y sobre la discusión con las variadas objeciones de ésta, ROXIN, “Strafrecht, AT”, t. 1, 3^{ra} ed., 1997, cap. 19, n. marg. 1-9 y cap. 22, n. marg. 7-14.

niños constituyan una amenaza especial (luego, no existe una necesidad preventivo-general de pena) y porque el intento de querer educar a los niños a través de penas criminales está contraindicado por la prevención especial.

Si con el aumento de la criminalidad infantil de los últimos años se percibe recientemente el clamor para rebajar el límite de la mayoría de edad penal a los 12 años, esto no puede naturalmente basarse en una culpabilidad repentinamente descubierta de los que hasta entonces eran imputables, sino solamente en la necesidad de una prevención más efectiva. Será tarea de la criminología mostrar qué instrumentos de educación y de control social pueden ser aquí aplicados y que, en todo caso, el Derecho penal no es medio idóneo para disciplinar y socializar niños. Esta tarea es ocultada cuando, siguiendo la doctrina dominante, se interpreta el art. 19 StGB de manera exclusiva como suposición irrefragable de la inimputabilidad de los niños, descuidando así su componente preventivo. Pues según ello una discusión sobre la rebaja del límite de la mayoría de edad penal tendría que conducirse, exclusivamente y con un resultado previsiblemente diferenciado, bajo en punto de vista de la imputabilidad. En ese caso, ni siquiera se pueden percibir las cuestiones decisivas.

Por cierto que solamente dentro del marco de la ley –y no en el de la evaluación que pudiera hacer el juez sobre la necesidad de pena– está permitido aplicar una limitación de la pena a través del criterio de la necesidad preventiva. Pero las posibilidades de la interpretación limitadora de pena dentro del marco del Derecho vigente son mayores de lo que frecuentemente se supone. Así, p. ej. puede liberarse de responsabilidad penal a hechos cometidos invocando la libertad de creencias y de conciencia (art. 4 de la Ley Fundamental alemana o –por sus siglas en alemán– GG), a través de una interpretación conforme a la Constitución dentro de los límites (proporcionalmente estrechos) de lo preventivamente tolerable. Ya he fundamentado esto con más detalle en otro lugar, y he intentado también de concretar las necesidades preventivas⁽²⁰⁾, pero aquí serán necesarias investigaciones empíricas para completar el concepto dogmático.

(20) ROXIN, "Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund", LH a Maihofer, 1988, p. 389 y ss.; resumido en ROXIN, "Strafrecht, AT", t. 1, 3^{ra} ed., 1997, cap. 22 C, n. marg. 100-133.

Ocurre algo totalmente similar en la desobediencia civil, la cual cae dentro del ámbito de protección de los arts. 5 y 8 GG., y que puede ser tratada con tolerancia cuando aparece bajo formas socialmente soportables⁽²¹⁾; esto posibilitaría soluciones mucho más razonables, desde la óptica político-criminal, que lo que p. ej. permite la jurisprudencia actual sobre los bloqueos provocados por personas sentadas sobre las vías (BGH, s. penal, t. 41, p. 41, 182). También en este campo las investigaciones empíricas y las discusiones político-criminales pueden aportar soluciones capaces de consenso (siempre que se les permita siquiera intervenir en la argumentación dogmático-penal).

Finalmente, también en la imprudencia mínima puede fundamentarse una exención de responsabilidad penal ya desde el Derecho vigente, si se contempla la punibilidad no como consecuencia necesaria de la culpabilidad, sino cuando se incluye la necesidad de pena –la cual es recién fundamentada a través del carácter indispensable de una sanción criminal– dentro de la categoría de la responsabilidad. El que sea innecesaria una pena criminal en caso de imprudencia mínima ha sido ampliamente reconocido⁽²²⁾: la perturbación de la paz social puede ser conjurada mediante una compensación civil; y no se necesita un influjo preventivo-especial porque incluso la persona más cuidadosa, si bien puede evitar un pequeño descuido en cada caso particular, no puede hacerlo permanentemente (queda fuera de la naturaleza humana una conducta que nunca deja de ser precisa y cuidadosa), de manera que una punición tampoco puede hacer que ello cambie.

Cuando pese a ello la dogmática apenas ha visto que en la imprudencia se pueda realizar la posibilidad de limitar la pena hasta llevarla a una medida razonable en lo sociopolítico⁽²³⁾, ello radica nuevamente en que

(21) Más detalles en ROXIN, "Strafrechtliche Bemerkungen zum zivilen Ungehorsam", LH a Schüler-Springorum, 1993, p. 441 yss; resumido en ROXIN, "Strafrecht, AT", t. 1, 3^{ra} ed., 1997, cap. 22 D, n. marg. 130-133.

(22) Comp, así las refs. en ROXIN, "Strafrecht, AT", t. 1, 3^{ra} ed., 1997, cap. 24, n. marg. 885, nota 107.

(23) Comp., sin embargo, las ref. en ROXIN, "Strafrecht, AT", t. 1; 3^{ra} ed., 1997, cap. 24, n. marg. 119.

se supone irreflexivamente que la culpabilidad –y la imprudencia mínima también es culpabilidad– siempre debe implicar una punibilidad. Pero si se reconoce que la culpabilidad mínima misma lleva a la liberación de pena en los delitos dolosos según la voluntad del legislador plasmada en los arts. 33 y 35 StGB, entonces la suposición de que esto tenga que ocurrir con más razón está plenamente cubierta por el contexto valorativo del legislador. La causa de exculpación de la no-exigibilidad [Unzumutbarkeit]*, reconocida por la jurisprudencia y ahora ya reconocida por el derecho consuetudinario, ofrece precisamente al Derecho penal la posibilidad de hacer una sistematización sólida cuando las personas se vieran ante mandatos de hacer algo que exigieren demasiado de ellas. Este ejemplo muestra también con qué facilidad las exigencias político-criminales reconocidas como generalmente razonables pueden ser integradas sistemáticamente, cuando se acoge la concepción aquí defendida. Resulta evidente que también la criminología tiene un fructífero campo de acción cuando se trata de la cuestión de cuándo, en particular, una conducta imprudente queda fuera de las necesidades preventivas del Derecho criminal.

3. Objeciones

Ya esta sinopsis, que solamente a grandes rasgos reproduce una concepción de la responsabilidad orientada en los fines de la pena, es capaz de mostrar que sus efectos sistemáticos y prácticos no son pocos. A diferencia de la teoría de la imputación objetiva que está estructurando el injusto de manera nueva y se ha impuesto ampliamente, el complemento de la categoría de la culpabilidad a través de consideraciones sobre necesidad de pena todavía se topa siempre con muchos malentendidos y con reservas fundadas en estos. La intención de aclarar esto puede justificar una corta confrontación con las voces críticas más representativas.

* N. d. T.: también puede ser traducido como “no-tolerabilidad”. La idea es que al individuo colocado bajo un supuesto en que deba sacrificar bienes jurídicos que él porta, para salvar bienes ajenos, no se le exige (o no tiene por qué tolerar su propio sacrificio. Ver al respecto en este libro “El principio de culpabilidad y sus cambios”.

HIRSCH⁽²⁴⁾ opina que la concepción sistemática aquí defendida fundamentaría la culpabilidad a través de la prevención: “Pero con ello el concepto de culpabilidad no puede prestar la función delimitadora independiente que se exige especialmente también frente a las necesidades de prevención, porque en ese caso él mismo está definido por las ventajas de la prevención”. Así como esta deducción es correcta, así también es incorrecta su premisa. Pues también según la teoría aquí defendida la punibilidad siempre exige una culpabilidad que, como “actuar injusto pese a la asequibilidad normativa”, es independiente de todas las necesidades preventivas. La ausencia de una necesidad preventiva de punición solamente puede excluir la responsabilidad, no la culpabilidad.

JESCHECK⁽²⁵⁾ dice sobre “la ‘teoría político-criminal’ de ROXIN”: “ella pregunta, ‘si bajo puntos de vista penales es exigible una sanción contra el autor particular’. La culpabilidad solamente sería una barrera del poder punitivo estatal, y materialmente no sería más que un ‘actuar injusto pese a la asequibilidad normativa’. Con todo es primeramente determinante que la pena sea merecida; la culpabilidad es, según ello, un presupuesto; no simplemente una limitación de la pena”. También aquí hay un malentendido, aun cuando de otro tipo. Pues lo que limita una pena es naturalmente también su presupuesto. Lo digo con toda claridad⁽²⁶⁾: “Según la concepción aquí defendida la pena siempre presupone culpabilidad, de manera que incluso una gran necesidad preventiva no puede justificar una sanción penal que contradiga el principio de culpabilidad”. Entonces, la suposición de que yo no reconozca a la culpabilidad como presupuesto de la pena no se corresponde con mi teoría.

Es diferente el planteamiento de LENCKNER⁽²⁷⁾, quien reproduce de manera totalmente correcta la idea fundamental de la concepción aquí propugnada: “Según ello la ‘culpabilidad’ en el sentido de un ‘actuar injusto

(24) HIRSCH, ZStW 106 (1994), 757; ya al respecto ROXIN, “Strafrecht, AT”, t. 1, 3^{ra} ed., cap. 19, n. marg. 9.

(25) JESCHECK/WEIGEND, “Strafrecht, AT”, 5^{ta} ed., 1996, p. 427.

(26) ROXIN, “Strafrecht, AT”, t. 1, 3^{ra} ed., 1997, cap. 19, n. marg. 7.

(27) LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, “StGB”, 25^a ed., 1997, com. previo art. 13, n. marg. 117.

pese a la asequibilidad normativa' es ... un presupuesto necesario, pero no suficiente de la 'responsabilidad' penal, porque ésta todavía sería determinada adicionalmente a través de exigencias preventivas, debiendo resultar de ello también una mayor medida de limitación penal ajustada al Estado de Derecho... que lo que pudiera garantizar un principio de culpabilidad aislado". LENCKNER objeta que "frente a la falta de nitidez de los puntos de vista preventivos", sería igualmente dudoso "que el rendimiento de las teorías de los fines de la pena para las causas de exculpación y de disculpa, resumidas en las causas de responsabilidad excluida".

"Falta de nitidez" y "falta de rendimiento" son entonces las palabras claves de su crítica. Pero las reflexiones preventivas, por las que nadie pasa de largo al juzgar la necesidad de pena de una conducta, no dan una mayor medida de inseguridad que la que aparece al intentar una exacta comprobación de la culpabilidad y de su medida. El malestar frente a los libres espacios de apreciación, que a pesar de todo existen, se ven además decisivamente atenuados por el hecho de que, en primer lugar, solamente se trata de desarrollar decisiones valorativas previamente dadas del legislador y que, en segundo lugar, las reflexiones preventivas solo deben legitimar una rebaja de culpabilidad; es decir, no van en contra, sino a favor del ciudadano en las zonas límite de la necesidad de pena. Además, las expresiones político-criminales, como la de que no es preventivamente adecuada una penalización de la imprudencia mínima o de los hechos cometidos por niños, pueden ser verificadas criminológicamente sin problemas y tienen capacidad consensual. Y la tarea de transportar los derechos fundamentales al ámbito de la dogmática penal no es algo que esta deba rehuir, así como tampoco lo deben hacer el Derecho procesal penal y otras áreas jurídicas.

Tampoco puedo admitir que "no rinda" el recurrir a la teoría de los fines de la pena para responder a la cuestión de los fundamentos de la punibilidad o impunidad de una conducta⁽²⁸⁾. Pues, ¿para qué debe servir

(28) LENCKNER (igual que nota 27) prueba sus dudas solamente remitiéndose al art. 35 [estado de necesidad exculpante], al cual interpreta como una "renuncia a expresar un reproche de culpabilidad, renuncia legitimada por la confluencia de dos causas de atenuación de la culpabilidad". Pero esta no es una interpretación correcta; en esto debo remitir a mi

esta si no es para comprobar que en un caso concreto es adecuada una pena o debe renunciarse a ella? También me parece que el rendimiento de la concepción aquí propugnada ya ha sido demostrado mediante las deducciones arriba expuestas a manera de un simple bosquejo, deducciones que superan considerablemente a las hasta ahora alcanzadas en la discusión.

Veamos a LACKNER⁽²⁹⁾ como último crítico, quien me concede sin problemas que podría “quedar excluido un reproche de culpabilidad realmente fundado en la ley (p. ej. en el estado de necesidad disculpante conforme al art. 35), porque la protección de bienes jurídicos no exige una reacción penal”. Pero este autor duda, de todas maneras, de la teoría aquí defendida “porque con ello se vincula un acortamiento problemático del principio de culpabilidad con su función limitadora de la pena hacia arriba”. Si con ello se quiere decir que yo vería la culpabilidad no como presupuesto y fundamento legitimador de la pena, entonces frente a esto rige lo que ya he dicho en relación con JESCHECK. Sin embargo, si LACKNER quiere expresar que toda culpabilidad tendría que ser penada (en caso contrario el principio de culpabilidad se vería “recortado”), entonces esto entraría en contradicción con la tarea del Derecho penal como protección subsidiaria de bienes jurídicos y también con sus propias palabras sobre el art. 35.

LACKNER explica sus objeciones con más detalle de la siguiente manera: “Dichas vinculaciones internas entre culpabilidad y prevención entrañan, bajo el estado actual de la discusión, recargada con numerosos malentendidos... el peligro de que el concepto de culpabilidad enraizado en la idea de libertad (concepto asentado en otro nivel en relación con los objetivos preventivos) se vea disuelto por encima de sus barreras inmanentes a través de elementos utilitaristas”. Sin embargo, este peligro no existe absolutamente cuando se comprueba la culpabilidad del autor

exposición en “Strafrecht, AT”, t. 1, 3^{ra}. ed., 1997, cap. 22, n. marg. 9/10. E incluso si esto fuera correcto no podría explicarse, sin ayudarse con reflexiones sobre la necesidad preventiva de pena, por qué una doble atenuación de culpabilidad lleva a excluir la punibilidad (en vez de una reducción de pena).

(29) LACKNER, “StGB”, 22^{ava}. ed., 1997, com. previo al art. 13, n. marg. 24, 25.

y se pregunta a continuación si no puede tolerársele esa culpabilidad con motivo de puntos de vista politicocriminalmente relevantes extraídos del Código penal o de la Constitución. El que la culpabilidad y la prevención estén a diferentes “niveles” no es una circunstancia que ponga problemas para que sean resumidas en la categoría de la “responsabilidad”, sino por el contrario el presupuesto para la limitación recíproca, que es la que aquí importa (la punición de la conducta culpable), se ve limitado a través de las exigencias preventivas; pero la punición con motivo de necesidades preventivas es limitada a través del principio de culpabilidad. Esto no es una “disolución”, sino caracteriza exactamente la función que hoy en día todavía tiene el principio de culpabilidad.

Si no se quisiera reconocer para nada los “elementos utilitaristas” como presupuestos de la punibilidad, entonces esto tendría que basarse en una teoría retributiva pura, la cual tampoco es querida por LACKNER, pues él enfatiza con razón que la pena solo estaría justificada “cuando resulta ser, al mismo tiempo, un medio necesario para cumplir con la tarea protectora preventiva del Derecho penal”. Precisamente este reconocimiento es el que sirve de base a la categoría de la responsabilidad en un sistema funcional del Derecho penal.

Luego, la política criminal, la prevención y los fines de la pena tienen también en la dogmática penal un derecho argumentativo. Son pautas que posibilitan un punto de enlace con la criminología.

Política criminal y dogmática penal hoy en día (*)



I. INTRODUCCIÓN

El instructivo artículo anterior de SILVA SÁNCHEZ(**) abarca, desde la perspectiva objetiva de un observador extranjero, temas principales de la actual discusión alemana sobre sistemática y dogmática del Derecho penal y la función de la pena en general. Él se esfuerza, especialmente, por ubicar el lugar que correspondería a mi concepción sobre “Política criminal y sistema de Derecho penal”⁽¹⁾ en el reciente debate sobre funcionalismo y

(*) N. d. t.: se publicó, bajo el título original: “Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik heute”, en la compilación de artículos de diversos autores titulada “Strafrechtssystem und Betrug”, Studien zum Wirtschaftsstrafrecht, t. 7, a cargo de Bernd Schünemann, Herbolzheim, 2002, p. 21 y ss.

(**) Se refiere al artículo de Jesús María SILVA SÁNCHEZ publicado en el mismo libro (ver nota anterior) bajo el título “Kriminalpolitik bei der Strafrechtsdogmatik: Einige Bemerkungen zum Inhalt und Grenzen. Zugleich ein Beitrag zu Ehren von Claus Roxin” [Política criminal en la dogmática penal: algunas observaciones sobre su contenido y límites. Al mismo tiempo, una contribución en honor a Claus Roxin], p. 1 y ss.

(1) Este es el título de mi pequeño trabajo programático de 1970, 2da. ed., 1973, el cual ha sido publicado también en español (1972), japonés (1972), inglés (1973) e italiano (1986); la traducción italiana ha sido actualizada en 1998. La problemática es tratada en su estado actual en el capítulo 7 de mi manual sobre la parte general, t. 1, 3ra. edición, 1997 [n. d. t.: entretanto se ha publicado la 4ta. edición, Múnich, 2006]. Comp. además, entre lo más reciente, ROXIN, “Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems”, LH a

pensamiento principista de la “vieja Europa”⁽²⁾, pero también entre el deber-ser y el ser⁽³⁾. En el marco de este artículo no es posible retomar la temática en toda su extensión. Pero sí me parece razonable –también como respuesta simultánea a algunas de las cuestiones planteadas por SILVA SÁNCHEZ– explicar nuevamente mi posición y delimitarla de otras concepciones.

Mi punto de partida es, tal como SILVA SÁNCHEZ correctamente dice, el esfuerzo por “construir la teoría del delito desde la perspectiva de la política criminal” (ver arriba, p. 1). Los objetivos finales que guíen al sistema en su totalidad y a la elaboración de cada una de las instituciones jurídicas deben ser, entonces, de tipo político-criminal. En esto entiendo yo bajo política criminal, a diferencia de p. ej. Von Liszt⁽⁴⁾, no solamente la elección de las sanciones preventivo-especiales (o también, en otras concepciones básicas, preventivo-generales) que sean más efectivas para prevenir el delito, sino la totalidad de los aspectos valorativos, según nuestra Constitución y legislación penal, que sean determinantes en la fijación y configuración tanto de los presupuestos de la punibilidad como también de las sanciones. Luego, también los elementos limitadores de la pena de nuestro ordenamiento penal, como la frase del “nullum crimen” o el principio de culpabilidad, son, para mí, componentes de la política criminal de un Estado de Derecho. A continuación quiero esbozar, tomando algunos aspectos que me parecen especialmente importantes (y discutiendo sobre todo con la concepción teórica sistémica), cómo influye en el trabajo dogmático un pensamiento que estructure la materia jurídica bajo el punto de vista guía de tales valoraciones.

Kaiser, 1998, p. 885 y ss. [n. d. t.: este artículo fue traducido y publicado en “Dogmática penal y política criminal”, Lima, 1998, p. 23 y ss.].

(2) Este fue el tema de las conferencias de JAKOBS y LÜDERSSEN en la Jornada de Penalistas de 1995, *ZStW* 107 (1995), p. 843 y ss., 877 y ss.; comp. al respecto también la amplia discusión que tuvo lugar en relación con las ponencias presentadas en la Jornada, ver en *ZStW* 107 (1995), p. 922 y ss., así como el artículo de SCHÜNEMANN (*GA*, 1995, p. 201 y ss.), quien analiza críticamente la alternativa propuesta, crítica con la cual coincido ampliamente en cuanto a su tendencia.

(3) Comp. al respecto MOCCLA, “Il Diritto penale tra essere e valore”, 1992.

(4) Comp. con más detalles, ROXIN, “Kriminalpolitik und Strafrechtssystem”, 2da. ed., 1973, p. 1 y ss., 45 y ss.

II. LA IMPORTANCIA DE LAS TEORÍAS DE LA PENA

1. Mi propia posición

Si se parte de que el Derecho penal debe garantizar una libre y segura convivencia en la sociedad (algo que nadie puede seriamente negar), entonces, las teorías de la pena determinan las vías por las cuales puede alcanzarse este objetivo: influyendo en los propios delincuentes (prevención especial) o en todos los miembros de la sociedad (prevención general), o mejor, a través de ambas al mismo tiempo. De esto resulta una teoría penal de la prevención que pone en relación la magnitud en la cual puedan perseguirse ambas posibilidades de influjo (muy diferentes por sus resultados), de una manera que, según los parámetros del Estado social de Derecho, sea útil o al menos aceptable, por igual, para la sociedad, la eventual víctima y el autor. En otro lugar he expuesto cómo concibo tal síntesis; y ahí puedo remitir ahora⁽⁵⁾.

Es claro que tal teoría preventiva de la unión tiene su esencia en el Derecho sancionador y de ejecución penal. Así, p. ej. mi compromiso con la idea de la reparación⁽⁶⁾ se explica por el hecho de que la inclusión de la reparación voluntaria en el sistema sancionador, en caso de delitos de escasa y mediana gravedad, vincula de manera feliz los efectos preventivo-especiales y generales con la satisfacción de los intereses de la víctima. Algo parecido ocurre con mis esfuerzos legislativos relacionados con la ejecución penal⁽⁷⁾. No solamente la fijación legal escrita en el art. 46, primer párrafo, 2da. oración del StGB y el art. 2 de la Ley de Ejecución penal [por sus siglas en alemán: StVollzG] demuestran lo poco que una teoría penal socialmente constructiva puede renunciar al principio de la prevención especial, por más que momentáneamente merezca muy poca atención. También el Tribunal Constitucional alemán hace poco, tomando

(5) Últimamente en § 3 de mi manual sobre la parte general, t. I, 3ra. ed., 1997 [4ta. ed., 2006, *ibidem*]: Finalidad y justificación de la pena y de las medidas de seguridad.

(6) Comp., entre mis numerosos trabajos pertinentes, solamente ROXIN, "Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke", en: SCHÖCH (ed.), "Wiedergutmachung und Strafrecht", 1987, p. 37 y ss.

(7) He trabajado en la elaboración conjunta del "Alternativ-Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes" (AE-StVollzG) [Proyecto Alternativo de Código de Ejecución Penal] de 1973.

como ejemplo la remuneración a los presos, exigida expresamente en el AE-StVollzG, lo ha vinculado nuevamente⁽⁸⁾ y de manera impresionante con la Constitución.

Pero las teorías de la pena tampoco dejan de tener consecuencias en los presupuestos de la punibilidad, es decir, en el terreno de la dogmática penal. Y es que si la pena tiene una finalidad preventiva, para imponerla no puede ser suficiente la culpabilidad del autor por sí sola. Una pena también tiene que ser preventivamente necesaria. Por cierto que la necesidad preventiva de punición, que según el juicio del legislador debe ser admitida, se deriva, por regla general y de una manera vinculante para el intérprete, de la ubicación de los tipos, aunque aquí también la interpretación teleológica deba considerar siempre el punto de vista de la necesidad de pena. Pero, sobre todo, la cuestión de la necesidad preventiva de punición tiene también que plantearse siempre en las causas de exculpación (de manera más exacta: en las causas de exclusión de la responsabilidad penal) junto con la cuestión de la culpabilidad. Cuando no existiere una necesidad de pena, sea bajo puntos de vista de prevención especial sea bajo puntos de vista de prevención general, la pena carecerá de una justificación penal. En tal caso, no tendría legitimación social y no deberá ser impuesta.

El legislador ha reconocido esto muy bien y lo ha tomado en cuenta. La exoneración de pena en los casos de los arts. 35 [estado de necesidad exculpante] y 33 [exceso de legítima defensa] del StGB solamente puede explicarse por el hecho de que, pese a la existencia de una culpabilidad, aunque muy disminuida, bajo las situaciones de necesidad allí descritas, se renuncia a imponer una pena porque al legislador no le ha parecido que sea necesaria ni por razones de prevención especial ni por prevención general⁽⁹⁾. Más allá de esto, la idea expuesta proporciona una valiosa pauta de interpretación para los ámbitos-límite de la exclusión de responsabilidad que

(8) *NJW* 1998, p. 3337.

(9) A veces se discute este diagnóstico pese a que, en realidad, sea bastante claro. Acerca de la discusión con mis críticos y con una fundamentación más detallada de la posición aquí defendida, ROXIN, "Strafrecht. Allgemeiner Teil", t. I, 3ra. ed. 1997, § 19, n. marg. 3-9 [también en la 4ta. ed., *ibidem*].

han sido dejados sin respuesta por el legislador o que son captados por el efecto de irradiación de los derechos fundamentales: el estado de necesidad exculpante extralegal⁽¹⁰⁾, la inexigibilidad en el sentido de una (así llamada) causa de exclusión de la culpabilidad en la imprudencia⁽¹¹⁾; y también para hechos no necesitados de pena debido a conflictos de conciencia⁽¹²⁾ y la desobediencia civil⁽¹³⁾. Igualmente, la liberación de pena en el desistimiento voluntario solamente puede ser explicada a través de la teoría de los fines de la pena, es decir, por el hecho de que al legislador no le ha parecido necesaria la pena “para evitar que el autor cometa delitos en el futuro, para intimidar a otros y restablecer el ordenamiento jurídico lesionado”⁽¹⁴⁾; un reconocimiento que ha tenido una importancia determinante de toda la teoría del desistimiento. En otros lugares he tratado detalladamente todas estas tesis y puedo remitir a estas explicaciones. Aquí solamente me interesa mostrar, resumidamente, lo extraordinariamente fructífera que es la teoría de la pena también para la dogmática y la sistemática del Derecho penal. Ella ayuda a conseguir soluciones satisfactorias de política criminal en numerosos problemas y lleva a una concepción nueva de la categoría delictiva que tradicionalmente se denomina “culpabilidad”.

De lo expuesto resulta también la orientación reformadora de tal concepción⁽¹⁵⁾. Y es que la práctica, y también la ciencia orientada hacia la práctica, ancladas en lo tradicional, tienden a quedarse desfasadas de los mandatos político-criminales de la ley y la Constitución. Pero, según mi concepción, precisamente en la elaboración de estas exigencias radica el

(10) ROXIN (como en nota 9), § 22, n. marg. 146 y ss. [4ta. ed., *ibidem*].

(11) ROXIN (como en nota 9), § 24, n. marg. 115 y s. [4ta. ed., n. marg. 122 y s.].

(12) ROXIN, LH a Maihofer, 1988, p. 389 y ss.; resumiendo, el mismo autor (como en nota 9), § 22, n. marg. 10-129 [4ta. ed., *ibidem*].

(13) ROXIN, LH a Schüler-Springorum, 1993, p. 441 y ss.; resumiendo, el mismo autor, n. marg. 9, § 22, n. marg. 130-133 [4ta. ed., *ibidem*].

(14) Sentencia del TFA, t. 9, p. 48 y ss. (esp. 52). Más detalles al respecto y también sobre las correcciones que deben hacerse a la concepción de los fines de la pena del TFA, en ROXIN, LH a Frías-Caballero, 1998 (Buenos Aires), p. 299 y ss.

(15) SILVA SÁNCHEZ (ver arriba [en la compilación original citada en **], p. 3) habla de enfatizar los “aspectos creativos” del trabajo dogmático.

progreso de la dogmática. Dado que el legislador ha dejado (y necesariamente debe dejar) amplios ámbitos –sobre todo en la parte general– para que sean concretados por la interpretación de la ciencia y la jurisprudencia, la dogmática tiene muchas posibilidades de desarrollo que no tiene p. ej. un modelo ontológico, basado en supuestas leyes objetivas eternas, o un modelo de teoría sistémica que describe el status quo.

Pero allí donde los objetivos legales no permitieren realizar lo que hubiera sido reconocido por la política criminal como correcto y deseable, deberá ofrecerse al legislador lo que no hubiera sido realizado de lege lata en forma de proyecto de reforma. Esto explica mi trabajo y colaboración en numerosos proyectos alternativos. Esta actividad política de reforma me ha acompañado desde el principio hasta el final de mi labor activa como catedrático, y para mí se sobreentiende como parte necesaria del trabajo científico del jurista.

Todavía quiero mencionar otro aspecto más. Una dogmática orientada en la política criminal, tal como he esbozado hasta ahora solamente para el campo de la teoría de la pena, si bien tiene que satisfacer las necesidades de la prevención general, no debe olvidar, sin embargo, la situación concreta y la individualidad del autor. El legislador alemán toma en cuenta –algo que no hacen todas las legislaciones pero que se corresponde con la autocomprensión liberal de nuestra Constitución– las situaciones personales especiales, tal como lo muestran el art. 33 StGB y la regulación muy diferenciada del art. 35. El hecho de que no puedan desatenderse por completo otras elaboraciones peculiares basadas en el análisis del autor (tales como los hechos de conciencia personalísimos o las infracciones que un ciudadano hubiera cometido para conseguir el bienestar general), no es explicable ciertamente, de manera directa, a partir del Código penal alemán, pero sí a partir de nuestros derechos fundamentales (arts. 4, 5 y 8 GG), cuya integración en el potencial penal para la solución de problemas también forma parte de las tareas prioritarias de una dogmática penal orientada politicocriminalmente⁽¹⁶⁾. Y también en

(16) Comp. p. ej. mis trabajos mencionados en las notas 12 y 13, así como numerosos trabajos de mi discípulo WOLTER, p. ej. su contribución en SCHÜNEMANN/FIGUEIREDO DIAS (edits.), “Bausteine des europäischen Strafrechts”, 1995, p. 3 y ss.

los delitos culposos, cuando estos se encuentren en el límite de la necesidad de pena, puede tomarse en cuenta la individualidad del caso a través de una aplicación diferenciada de la causa de exculpación de la inexigibilidad, sin contradecir los preceptos de nuestro ordenamiento jurídico.

2. El planteamiento de la teoría de sistemas

Si se compara la concepción aquí esbozada, en lo referente a los efectos de la teoría de los fines de la pena, con el planteamiento sistémico-funcionalista que ha encontrado en la teoría de JAKOBS⁽¹⁷⁾ su más influyente manifestación (y que también es empleado por SILVA SÁNCHEZ una y otra vez para ilustrar y delimitar su exposición), se puede encontrar una coincidencia de ambas concepciones en el punto de partida normativo y en su rechazo, vinculado con lo anterior, a todos los esfuerzos por fundamentar el sistema penal en leyes ontológicas: “La dogmática penal ontologizante se derrumba; y ello ocurre de una manera mucho más profunda de lo que alguna vez hubiera podido ser conscientemente cimentada”. En su lugar debe ponerse el acento –también en lo que respecta a la dogmática penal– “en la tarea del Derecho penal”⁽¹⁸⁾.

Pero las coincidencias de principio no llegan mucho más lejos. Como es conocido, JAKOBS defiende una “teoría de la prevención general positiva”⁽¹⁹⁾, según la cual la tarea esencial de la pena y del Derecho penal consistiría en la estabilización social que conserve el sistema a través de la “práctica de fidelidad jurídica”. Al principio esto fue entendido en el sentido de que se habría referido a un influjo real, social-sicológico, en la conciencia general. Pero, entretanto, JAKOBS ha aclarado que eso no es así, sino que la pena portaría consigo su propia finalidad independientemente de cualquier efecto empírico⁽²⁰⁾: “El rendimiento del Derecho penal consiste en contradecir, por su parte, la contradicción que se haga a

(17) Me remito aquí solamente a la Parte General de JAKOBS (2da. ed., 1991) y a la reciente exposición resumida de su doctrina en *ZStW* 107 (1993), p. 843 y ss.

(18) Ambas citas provienen del prefacio a la primera edición del Manual de JAKOBS.

(19) JAKOBS (como en nota 17), p. 6 y ss.

(20) JAKOBS, *ZStW* 107 (1995), p. 844 y ss.

las normas determinantes de la identidad social”. La pena “no solamente (sería) un medio para preservar la identidad social, sino constituye ya esta preservación misma”. El restablecimiento de la identidad social no sería consecuencia de la punición, sino su significado. Por ello, las investigaciones empíricas sobre la prevención general positiva estarían “siempre un poco fuera de lugar”, pues su resultado final no importaría. Esto se corresponde con una teoría absoluta en el sentido de KANT y HEGEL⁽²¹⁾; sin embargo, su importancia libre de empirismo radica en la autoafirmación social y no en honrar al delincuente como “razonable”. PUPPE ha hablado aquí de una “circularidad del planteamiento de la teoría sistémica”, porque las instituciones y dogmas que se quieren justificar por el hecho de estabilizar el sistema constituyen, precisamente, el sistema.

Un planteamiento como ese se ubica por encima de una concepción que ve su tarea dogmática en la realización de las ideas rectoras de un Estado liberal y social de Derecho. Tiene un contenido indiferente y abierto⁽²²⁾: “... la perspectiva funcional no se sujeta a ningún modelo determinado ... Quien solamente sabe que una sociedad está organizada funcionalmente, no sabe nada sobre su configuración concreta”. “Bajo una perspectiva funcionalista” solamente interesa “la fuerza autoconservadora” del sistema. Entonces, la función de la pena y la dogmática sería independiente de la Constitución y legislación concretas, y puede vincularse, de igual manera, con un sistema social liberal, colectivista o totalitario. Cualquiera de ellos puede ser estabilizado por el Derecho penal, si bien de diferente manera.

Con ello la sistemática y la dogmática pierden en gran medida su fundamentación teórico-penal basada en los fines de la pena de un Estado social y liberal de Derecho, porque la única finalidad de la pena pasa a ser la afirmación de un sistema no vinculado con ningún contenido determinado. Pero no pasa lo mismo con la “dogmática real” de JAKOBS. Y es que él, naturalmente, tampoco debe ni quiere interpretar nuestro Derecho penal sobre la base de cualquier sistema, sino a partir de las finalidades previas de

(21) Así también PUPPE, *ZStW* 17 (1995), p. 925 (aquí también es pertinente la próxima cita) y SCHÜNEMANN, *ibidem*, p. 926.

(22) PUPPE, *ZStW* 107 (1995), p. 853.

la legislación alemana de nuestro tiempo⁽²³⁾. Esto lo lleva, muchas veces, a tomar el mismo camino que yo tomo. Así, él explica p. ej. el estado de necesidad exculpante (art. 35 StGB) y el exceso de legítima defensa (art. 33 StGB) casi de la misma manera y con los mismos resultados que yo⁽²⁴⁾. Y es que también para JAKOBS desaparece la necesidad de una punición “cuando sea posible otra forma de procesar la defraudación de expectativas”; y esto ocurre en los estados de necesidad dentro del marco de la exculpación concedida por la ley. Luego, JAKOBS ve de manera más aguda que la doctrina todavía preponderante en la actualidad, en qué medida los puntos de vista de la necesidad preventiva de punición participan en las llamadas causas de exculpación.

No obstante, todavía queda la reserva de que en JAKOBS todo es visto desde la perspectiva del sistema dominante en un momento determinado. Por ello, la teoría de JAKOBS también carece del elemento político-criminal reformador; su lugar es ocupado por la descripción sistematizadora de cada uno de los contextos. Con frecuencia se critica esto apasionadamente⁽²⁵⁾, y JAKOBS mismo dice⁽²⁶⁾: “Probablemente esta descripción despiadada, esta exclusión de una utopía, sea prácticamente lo más escandaloso de toda la teoría funcional”. Ahora bien, el trabajar comprometidamente en mejorar las relaciones sociales sobre la base de valoraciones de un Estado social de Derecho, no tienen por qué ser equiparadas a una utopía. Con justicia opina BURGSTALLER⁽²⁷⁾ que JAKOBS, desde su posición, tendría

(23) Comp. el prefacio de la primera edición de su Manual, donde JAKOBS menciona como su objetivo “la sistematización (...) óptima del Derecho penal vigente” y promete dar solamente recomendaciones practicables para la solución de problemas.

(24) Comp. solamente “Schuld und Prävention”, 1976, p. 20 y ss., donde se señalan una y otra vez los paralelismos en las propuestas de solución.

(25) Así, SCHÜNEMANN (*GA* 1995, p. 203) dice que la concepción de JAKOBS desembocaría “en una capitulación ante la práctica política que domina actualmente en la legislación y la jurisprudencia”. FABRICIUS (“Was ein Lehrbuch lehrt...”, 1998, p. 111) resume su crítica al funcionalismo en la frase: “La resistencia legítima frente a JAKOBS está en que éste invierte normativamente sus expresiones sobre el funcionamiento del sistema; es decir, pasa de un conocer a un reconocer”.

(26) JAKOBS (como en nota 20), p. 867.

(27) BURGSTALLER, *ZStW* 107 (1995), p. 925.

que renunciar a “decir cómo debería ser configurado el Derecho penal”. Como “descripción de un estado del ser” quizás pueda “la concepción de JAKOBS, en principio, ser grandemente satisfactoria. No obstante, para la solución de problemas concretos esta concepción no es suficiente debido a su enorme grado de abstracción...”.

Y todavía queda la objeción, vinculada con lo anteriormente anotado, de que se evita cualquier expresión de contenido sobre las bondades de uno u otro sistema. Así, JAKOBS opina que el mandato jurídico de que uno tendría que respetar a otro como persona “sí que puede compatibilizar con la perspectiva funcional, si bien siguen siendo posibles también otras perspectivas” (lo que es luego demostrado por él con el ejemplo de la esclavitud en la época colonial americana y en los tiradores del muro de Berlín en la antigua República Democrática Alemana)⁽²⁸⁾. Comparado con ello, la política criminal que yo persigo y que he hecho dogmáticamente fructífera, se basa en contenidos concretos de la Ilustración de la “vieja Europa”, en tanto estos hubieran encontrado cabida en el ordenamiento valorativo de la Constitución y de nuestra legislación penal. Entonces, yo no puedo seguir al funcionalismo en la medida en que este, más allá de un pensamiento político-criminal, final-racional, basado en un Estado social de Derecho, se presente como una pura teoría sistémica que haga abstracción de todo contenido⁽²⁹⁾.

III. ELEMENTOS LIMITADORES DE LA PENA SEGÚN LA POLÍTICA CRIMINAL

1. Mi propia posición

Según la situación actual del Derecho y de la Constitución, la Política criminal no busca combatir la criminalidad a cualquier precio, sino com-

(28) JAKOBS (como en nota 20), p. 854 y s.

(29) No es tema de este artículo, referido más a esclarecer mi propia posición, un análisis crítico de la capacidad de rendimiento para el Derecho penal de los cuestionamientos sistémicos. Pero véase la crítica objetiva a la “reformulación teórico-sistémica del Derecho penal” de Jakobs en STÜBINGER, “Kritische Justiz”, 1993, p. 33 y ss. Este autor llega a la conclusión (p. 42): “La sociología teórico-sistémica no es apropiada (...) para una base suficiente de legitimación del Derecho penal”.

batirla con medios de un Estado de Derecho. Como ya se ha acentuado al principio, también forman parte de la Política criminal componentes limitadores de la intervención, y estos tienen que ser hechos dogmáticamente fructíferos de igual manera que sus objetivos preventivos⁽³⁰⁾. En el marco de la concepción que yo defiendiendo esto ocurre de cinco maneras, tal como se puede esbozar aquí de manera aproximada.

En primer lugar, para la categoría del tipo el principio “*nullum crimen sine lege*” constituye un punto de vista rector de la interpretación y sistematización que tiene considerables consecuencias no solamente en la interpretación de cada uno de los elementos típicos, sino también en la diferenciación entre delitos de acción y delitos de infracción del deber, así como también en las teorías de la omisión, la autoría, la participación delictiva y el dolo. Esto ya lo he expuesto de manera más detallada en “*Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*”⁽³¹⁾.

En segundo lugar, la teoría de la imputación objetiva constituye un medio apropiado, por Política criminal, para delimitar el tipo, sobre todo en los delitos puros de resultado (homicidio, lesiones), cuyo tenor típico, no estructurado por otros elementos, recién puede encontrar la restricción adecuada a través de la teoría de la imputación. Según ello, una acción de homicidio no es simplemente la producción causal o final de un resultado de muerte, sino la creación y realización de un riesgo no permitido para la vida dentro del ámbito del tipo. Mis “*Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*” [Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal]⁽³²⁾, que han contribuido al renacimiento de la teoría de la imputación objetiva y su posterior marcha triunfal en la dogmática alemana, fueron para mí, desde el principio, parte de un programa político-criminal y normativo contrario a los proyectos sistemáticos ontológicos, hacia los cuales había dirigido mi “*Kritik der finalen Handlungslehre*”

(30) SILVA SÁNCHEZ (ver arriba, p. 10 [en el texto original citado en **]) reconoce acertadamente esta intención y la destaca.

(31) ROXIN (como en nota 4), p. 16 y s.

(32) ROXIN, primero en el LH a Honig, 1970, p. 133 y ss. Luego en “*Strafrechtliche Grundlagenprobleme*”, 1973, p. 123 y ss.

[Crítica a la teoría final de la acción]⁽³³⁾. Al mismo tiempo, con ello se estructura el tipo a partir de la tarea del Derecho penal para preservar al individuo y a la sociedad de riesgos insoportables por política social⁽³⁴⁾.

En tercer lugar, para mí, en las causas de justificación, se trata de elaborar principios ordenadores sociales con cuya ayuda puedan solucionarse, de la manera más ventajosa posible para los individuos participantes y el bienestar general, las colisiones de intereses, constitutivas de toda causa de justificación⁽³⁵⁾. Si bien esto constituye una tarea de política social porque las causas de justificación rigen más allá del Derecho penal, no obstante también tiene un carácter político-criminal en tanto se trate con ello de la impunidad o punibilidad de conductas típicas. Luego, en dicha medida, la tarea de las causas de justificación es la de limitar objetivamente la punibilidad de las realizaciones del tipo.

En cuarto lugar, en el nivel delictivo de la responsabilidad, el principio de culpabilidad constituye el instrumento político-criminal más importante de la limitación penal. Ciertamente, la culpabilidad también actúa simultáneamente fundamentando la pena, puesto que nunca puede imponerse una pena si ella no estuviera presente, así como tampoco la pena puede ir más allá de su medida. Pero la tarea de la pena es igualmente preventiva, pues ella no debe retribuir sino impedir la comisión de futuros delitos. En cambio, la culpabilidad, por política criminal, solamente tiene la función de limitar, en aras de la libertad de los individuos, la magnitud en la cual puedan perseguirse objetivos preventivos. De esto resulta, por política criminal, aquel principio de la doble limitación que caracteriza mi sistematización de la categoría de la responsabilidad: la pena no debe ser impuesta nunca sin una legitimación preventiva, pero tampoco puede haber pena sin culpabilidad o más allá de la medida de esta. La pena de culpabilidad

(33) ROXIN, *ZStW* 74 (1962), p. 515 y ss. Después también en "Strafrechtliche Grundlagensprobleme", 1973, p. 72 y ss.

(34) Al respecto más detalles en mi trabajo "Zur kriminalpolitischen Fundierung..." (ver arriba, nota 1).

(35) Comp. al respecto en la nota 4, p. 24 y ss.; "Strafrecht. Allgemeiner Teil", t. I, § 7, n. marg. 62-64; § 14, n. marg. 41 [4ta. ed., § 7, n. marg. 68-70; § 14, n. marg. 42].

es limitada a través de lo preventivamente indispensable; la prevención es limitada a través del principio de culpabilidad.

Por último, en quinto lugar, también los derechos fundamentales pueden influir en la necesidad de pena y, en el marco de lo preventivamente tolerable, excluir la punibilidad. Ellos, en este caso, surten el efecto de causas de responsabilidad excluida. Esto ya lo he tratado de explicar para los hechos de conciencia y la desobediencia civil tomando como ejemplo los arts. 4, 5 y 8 de la Ley Fundamental alemana⁽³⁶⁾ [respectivamente: libertad de creencias y de conciencia, libertad de expresión, libertad de reunirse y asociarse]. La integración de los derechos fundamentales en el sistema penal, que se quiere demostrar aquí, constituye una de las tareas de política criminal más descuidadas hasta ahora por la ciencia penal.

En definitiva, resulta, entonces, que una dogmática penal fundada por política criminal no solamente es una “ciencia limitadora de la pena”, aunque sí lo sea en lo esencial⁽³⁷⁾.

2. La dogmática teórico-sistémica y limitación de pena

Cuando JAKOBS otorga a la pena la importancia de restablecer la identidad social (comp. arriba p. 29^(***)), da la impresión de que con ello se perdería la tarea limitadora de la pena del trabajo dogmático. NAUCKE también ha observado⁽³⁸⁾ que él no podría encontrar en JAKOBS el viejo principio “de que en el Derecho penal se trataría de la relación entre poder estatal y libertad individual”. Esta sería la cuestión de principio por la cual él estaría en contra del funcionalismo.

En esto hay mucho de cierto, y mi propia posición arriba expuesta, con su persistencia en la tensión y compensación entre intereses de intervención y de libertad, se sitúa en la tradición del pensamiento principista de la vieja Europa, mientras que el enfoque teórico-sistémico acentúa unilateralmente

(36) Comp. las refs. al respecto arriba en las notas 12 y 13.

(37) Tal como dice VORMBAUM, *ZStW* 107 (1995), p. 734 y ss. (746).

(***) Se refiere al texto original; ver aquí, en B, cap. II

(38) NAUCKE [traducción libre de la cita], *ZStW* 107 (1995), p. 927.

el interés social estabilizador, de tal manera que los derechos de libertad que se vuelvan contra el “poder” tendrán que ser vistos realmente como factores perturbadores.

Pero, de manera similar que para las deducciones de la teoría de la pena, esto rige solamente para aquel mayor nivel de abstracción de la teoría teórico-sistémica que todavía no se ha vinculado a ningún contenido. En la labor dogmática referida al Derecho penal vigente, JAKOBS quiere explicar el Derecho de nuestra sociedad liberal, y allí también juega un papel el sujeto libre en la medida en que “la autodescripción de la sociedad lo determine”⁽³⁹⁾. Luego, también JAKOBS renuncia a la imputación cuando el sistema lo quiere (en caso de un “ajuste social de la comunicación a ciudadanos libres”⁽⁴⁰⁾) y las condiciones existenciales de la sociedad lo permitan. De esa manera, JAKOBS llega, no pocas veces, a soluciones que coinciden ampliamente con mis propuestas⁽⁴¹⁾, p. ej. cuando JAKOBS disculpa el hecho de conciencia en tanto el “déficit de socialización” que, según la perspectiva teórico-sistémica se presentaría en el autor, “pueda ser explicado, dejando de lado al autor, sin perjuicios para el ordenamiento jurídico”. También en la imputación objetiva, la búsqueda de otras posibilidades explicativas y las “competencias” demuestran ser un enfoque fructífero para la exclusión de la imputación⁽⁴²⁾.

La diferencia con la concepción aquí perseguida radica, por cierto, también en cuanto a la limitación penal, en que JAKOBS hace depender totalmente de cada uno de los contextos la decisión a favor de delimitaciones liberales y de Estado de Derecho: “Cuando una sociedad realmente derive hacia una disminución de libertades, lo hará no solamente en el Derecho

(39) JAKOBS (como en la nota 20), p. 850.

(40) JAKOBS (como en la nota 20), p. 898.

(41) Algo que el mismo JAKOBS señala, p. ej., en la nota 19, cap. 20, n. marg. 22.

(42) Aun cuando uno no pueda concordar con la teoría social sistémica como fundamento del Derecho penal ni con sus teorías generales, esto no cambia para nada el hecho de que JAKOBS sea uno de nuestros más grandes dogmáticos. En tal medida, ocurre con él algo parecido que con su maestro y antípoda WELZEL: quien considere como fracasado el intento de apoyar el sistema penal en el concepto de la acción final, tendrá de todas maneras que reconocer a WELZEL como uno de los dogmáticos penales más importantes e influyentes.

penal... El que se trate con ello de una sobrecriminalización innecesaria o de una defensa necesaria de un núcleo, solamente podrá dilucidarse en la política, no en la ciencia penal⁽⁴³⁾. Aquí se destaca claramente el punto diferenciador. Y es que quien se oriente en los presupuestos político-jurídicos de la Constitución (derechos fundamentales y humanos, Estado de Derecho y principio de culpabilidad) tendrá que defender estos principios contra la tendencia dominante en el momento dado, en vez de adaptarse a cualquier corriente política predominante del momento⁽⁴⁴⁾.

Esto se ha analizado, con la mayor frecuencia, tomando el postulado de JAKOBS que hace que el principio de culpabilidad sea absorbido por la prevención general⁽⁴⁵⁾: “La autonomía es atribuida como capacidad, en cuanto esto sea útil, y solamente puede faltar cuando exista la posibilidad de procesar los conflictos de otra manera”. “No se trata de aquello que el delincuente, según la opinión generalizada, hubiera ‘merecido’, sino de lo necesario para mantener la confianza” –lo que, no obstante, puede ser definido, según las circunstancias, de manera arbitraria por las instancias políticas dominantes–. Yo he objetado a JAKOBS, a la manera de la vieja Europa, invocando a KANT⁽⁴⁶⁾, que tal instrumentalización del individuo, su empleo solamente como instrumento de intereses sociales de estabilización, atentaría contra la dignidad humana y, por ello, también se vería expuesto a reservas de Derecho constitucional. A esto JAKOBS replica⁽⁴⁷⁾ que la observación de la instrumentalización desconocería que “solamente se trata de la descripción de las condiciones de funcionamiento de la sociedad; la descripción no funcionaliza, sino devela instrumentalizaciones existen-

(43) JAKOBS (como en la nota 20), p. 855.

(44) Algo que SCHÜNEMANN denomina “decisionismo enmascarado”; ver GA 1995, p. 201, 217 y ss.

(45) Por primera vez expuesto por JAKOBS, y que sentó las bases de su teoría en “Schuld und Prävention”, 1976. Las citas que vienen se encuentran allí en las páginas 17 y 33.

(46) ROXIN, *SchwZStr* 104 (1987), p. 356 y ss. (365). Esta redefinición preventiva del principio de culpabilidad, que desemboca en el abandono de este, también ha encontrado una amplia crítica; comp. así las refs. en ROXIN “Strafrecht Allgemeiner Teil”, t. I, § 19, n. marg. 34, nota 77 [4ta. ed., *ibidem*, nota 81].

(47) JAKOBS, “Das Schuldprinzip”, 1993, p. 30.

tes desde hace mucho”. Esto es consecuente, pero nuevamente muestra el punto que separa una dogmática orientada en pautas valorativas y un funcionalismo teórico-sistémico. Cuando la práctica, en efecto, llegare a imputar, sin considerar el hecho real culpabilidad, por doquier allí donde crea ver una necesidad social de pena, la dogmática deberá persistir en que la culpabilidad (en el sentido de un actuar injusto pese a una asequibilidad normativa⁽⁴⁸⁾), en aras de preservar la libertad, coloca un límite a todos los objetivos preventivos, que esto lo exigen tanto la ley como la Constitución, y que tiene que ser corregida toda práctica que se aparte de esto en vez de ser meramente descrita –y ello, además, con un estilo afirmativo–.

Luego, también en la limitación de la pena, pese a convergir o proporcionar soluciones similares ante una serie de problemas prácticos (debido a la importancia que tiene, para ambas concepciones, lo preventivamente indispensable), una dogmática orientada racionalmente en finalidades y en los principios rectores de política criminal del ordenamiento jurídico se encuentra más cerca del “pensamiento principista”, nutrido por las posiciones continuadoras de la ilustración, que un sistema funcionalista teórico-sistémico.

IV. LA IMPORTANCIA DE LOS OBJETOS

Otro punto de discusión en el moderno Derecho penal, al cual SILVA SÁNCHEZ, con toda justicia, dedica su atención (ver arriba, p. 16 y s. [se refiere al texto original]), radica en la importancia que correspondería al empirismo en la dogmática penal. Yo siempre he defendido la opinión de que la dogmática penal tendría que desarrollar en la materia jurídica las pautas valorativas rectoras que deban extraerse de la ley y la Constitución, y que los resultados concretos recién saldrían a la luz al pasar por la materia jurídica, la cual, a su vez, les daría forma diferenciada y adecuada al sustrato. En mi libro sobre “Autoría y dominio del hecho”⁽⁴⁹⁾

(48) Más detalles al respecto en ROXIN (como en la nota 9), § 19, n. marg. 36 y ss. [4ta. ed., *idem*].

(49) ROXIN, 1963, 7ma. ed. 1999 (sobre la fundamentación teórica, *ibidem*, p. 528 y ss.). [Traducción al español por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo: “Autoría y dominio del hecho en Derecho penal”, 7ma. ed., Madrid, 2000, p. 569 y ss.].

he tratado de ejecutar este método (invocando, entre otros, a Hegel y a Nicolai Hartmann), por primera vez, de manera amplia y he caracterizado allí la “resistencia del objeto”⁽⁵⁰⁾ precisamente como “criterio de acierto en cuanto al contenido”.

La concepción teórico-sistémica se encuentra en oposición diametral a este método al desacreditar como “naturalismo” cualquier recurso a lo empírico⁽⁵¹⁾, y al no reconocer datos previos que proporcionen un contenido concreto a las valoraciones deducidas de las necesidades sociales de estabilización o que puedan estorbar a estas valoraciones. Un pertinente ejemplo de ello es el ya mencionado concepto de imputabilidad, para la cual, según la concepción funcional de JAKOBS, no importa la constitución síquica del autor, sino solamente una atribución según las necesidades de preservación del sistema que se tengan por preponderantes. En este marco no es posible demostrar, de manera completa, los puntos divergentes que resultan de ello (con lo cual también se podría tratar la cuestión de en qué medida es siquiera posible limpiar de elementos descriptivos los conceptos penales⁽⁵²⁾). En principio ocurre, en todo caso, que la concepción aquí practicada (que SCHÜNEMANN⁽⁵³⁾ denomina “dualista”) considera lo empírico, “pero naturalmente lo juzga siempre desde una perspectiva normativa”, y que en ello consiste “la diferencia central e infranqueable en relación con la concepción de JAKOBS”⁽⁵⁴⁾.

(50) ROXIN; “Täterschaft und Tatherrschaft”, p. 633 y ss. [en la versión española (nota anterior), p. 576 y ss.]

(51) Sobre el empleo de los conceptos “naturalismo” y “naturalístico” como “malas palabras” en la “actual discusión de la ciencia penal”, comp. PUPPE, *GA* 1994, p. 296 y ss.

(52) Comp. al respecto SCHÜNEMANN, *GA* 1995, p. 219.

(53) SCHÜNEMANN, *ZStW* 107 (1995), p. 926; aquí también las citas que continúan.

(54) Comp. sobre esta problemática, resumiendo, ROXIN (como en la nota 9), § 7, n. marg. 83/84 [4^{ta} edición, § 7, n. marg. 89 y ss.]. Además, en especial, SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN/FIGUEIREDO DIAS (como en la nota 16), p. 157 y ss.; el mismo autor (como en la nota 52), p. 219 y s. SILVA SÁNCHEZ (ver arriba [el texto citado en **], p. 11) ve correctamente que las divergencias entre las concepciones político-criminal y teórico-sistémica “más que con la verdadera funcionalización ... tienen que ver con los límites de ésta”. SILVA SÁNCHEZ también expone tendencialmente que ya el entendimiento de la realidad por sí mismo está codeterminado por premisas normativas.

Aquí solamente se va a esbozar, con ayuda de algunos ejemplos, la forma como lo empírico influye en la labor dogmática⁽⁵⁵⁾.

1. La limitación de la atribución a través de los hechos

Para comenzar, la mera facticidad puede impedir una atribución, por más deseable que esta sea. Esto suena trivial, pero todavía necesita ser enfatizado, pues es cuestionado –p. ej. por la dogmática teórico-sistémica– y porque incluso el Tribunal Federal alemán (en adelante: TFA) a veces se ha apartado de esta comprensión. Quiero aclarar esto a través de dos conocidas sentencias.

En el muy citado caso del heredero de la finca (sentencia del TFA; ver en BGH, s. penal, t. 37, p. 214)⁽⁵⁶⁾, un campesino había querido hacer matar a su hijo contratando a un asesino a sueldo. Pero este último había disparado al vecino, a quien confundió con el hijo. Aquí, en la persona del asesino, se presenta un irrelevante “error in persona”. Ahora bien, el TFA deduce la irrelevancia del error también para el campesino (quien, en consecuencia, fue condenado por inducción a un asesinato) de una supuesta “relación normativa(...) entre los preceptos sobre autoría y participación” (ibídem, p. 218). Ante la observación sobre cómo se tendría que penar al campesino, si el asesino, “al reconocer su error”, todavía hubiera cumplido con su trato matando al hijo, el TFA opina que, en tal caso, se le tendría que “por regla general (...) imputar ambas muertes”, de manera que, entonces, sería condenado por inducción a dos asesinatos.

Luego, aquí, debido a una premisa normativa (según la cual el “error in persona” del autor también tendría que ser irrelevante para el inductor) se imputan al campesino dos dolos de matar, pese a que él solamente quería

⁽⁵⁵⁾ En este campo radican los puntos de contacto con la concepción finalista. Comp. al respecto, entre lo más reciente, el libro de KÜPPER sobre “Die Grenzen normativierender Strafrechtsdogmatik”, 1990. Un trabajo amplio y acabado del tema tendría que considerar el libro, todavía no bien explotado, de LÜDERSEN sobre “Erfahrung als Rechtsquelle”, 1977.

⁽⁵⁶⁾ Más detalles al respecto en ROXIN, LH a Spindel, 1992, p. 289 y ss., c. más refs. el mismo en JZ 1991, p. 680.

matar a una persona. No existe ningún sustrato síquico para el segundo dolo de matar. Pero no se pueden reemplazar los hechos síquicos que constituyen el dolo a través de una imputación. En caso contrario, la dogmática perdería su orientación en la realidad y se disolvería en ficciones. Más bien, la “resistencia del objeto” obliga a corregir la premisa en el sentido de que el “error in persona” del ejecutante se presenta, en el inductor, como “aberratio ictus” y lleva a una punición por tentativa de inducción (§ 30, primer párrafo StGB).

Un error correspondiente ha cometido el TFA en un caso de tentativa de violación (BGH, s. penal, t. 39, p. 244). La víctima, para evitar más actos de violencia, había engañado al autor, en la etapa de la tentativa, manifestando su pleno acuerdo. Por ello este había ejecutado el coito suponiendo que mediaba un acuerdo voluntario entre ambas partes. En tal caso, el autor debe ser penado por una tentativa de violación debido a sus actos violentos iniciales. Se trata de una tentativa fracasada en la cual es imposible el desistimiento.

Por el contrario, el TFA –notoriamente sobre la base de una valoración político-criminal– admite una tentativa inacabada, porque quiere dejar abierta, para el autor, la posibilidad de desistirse y quedar libre de pena en caso de que, “por vergüenza o arrepentimiento de su conducta realizada hasta entonces”, se apartare por completo del acto sexual: “Quitarle, en tales casos, la posibilidad de un desistimiento liberador de pena, pese a que él ha regresado al terreno de la fidelidad jurídica, no armonizaría con el objetivo político-criminal del art. 24 StGB”. Sea cual fuere dicho objetivo: es sencillamente imposible un desistimiento cuando el autor ya no tiene el dolo de violar (presupuesto de la tentativa punible según el art. 177, numeral 1 StGB), sino solamente un dolo de llevar a cabo el acto sexual. Luego, nuevamente aquí, con motivo de un presupuesto normativo (aquí el deseo político-criminal de posibilitar el desistimiento), se atribuye una tentativa que no existe en la realidad. También en este caso deben corregirse las premisas: lo que el legislador premia con una impunidad de la tentativa, en caso de voluntariedad, no es el apartarse de realizar un acto sexual bajo acuerdo, sino el apartarse de continuar con la intención de violar.

En lo principal no ocurre algo distinto para el funcionalismo con su imputación de una culpabilidad que no existe como dato síquico (ver arriba en C II). Aquí simplemente se bautizan con el nombre “culpabilidad” las necesidades de prevención general que se quieren admitir. Esta no es una vía transitable para una dogmática que incluye la seguridad jurídica y la limitación de pena dentro de su programa político-criminal.

2. La naturaleza de las cosas como medio de concreción

Las circunstancias objetivas también tienen una gran importancia para la dogmática penal, debido a que ayudan a materializar las ideas que orientaron al legislador. Quiero aclarar esto con el derecho a la legítima defensa. Esta causa de justificación se basa en los principios de la protección individual y la preservación del Derecho, es decir, además de la protección de bienes jurídicos, debe servir siempre para la imposición supraindividual del Derecho y, con ello, actuar preventivamente⁽⁵⁷⁾. Estos objetivos del legislador pueden extraerse del tenor del art. 32 StGB y de la documentación legal. Por cierto que en aquellos casos en los cuales la necesidad preventivo-general sea reducida, disminuye también el interés en la preservación del Derecho; la legítima defensa “exigible” de manera general según el segundo párrafo del art. 31 StGB, ya no es en tal caso “necesaria”, tal como dice el legislador en el primer párrafo del StGB. Entonces, la posibilidad de “restricciones ético-sociales” de la legítima defensa puede deducirse obligatoriamente de las ideas orientadoras del legislador, y esto también ha sido querido expresamente por el legislador⁽⁵⁸⁾.

Pero no puede extraerse del tenor legal cuando, en cada caso particular, es “necesaria” una restricción de las potestades de la legítima defensa que se presenten de manera general. Solamente tenemos la pauta guía de que existe un interés significativamente reducido en preservar el Derecho. Aquí solamente observando las circunstancias objetivas puede conseguirse

(57) Más detalles en ROXIN (como en la nota 9), § 15, n. marg. 1-3 [4ta. ed., *idem*]

(58) Más detalles en ROXIN (como en la nota 9), § 15, n. marg. 53 y ss. [4ta. ed., § 15, n. marg. 55 y ss.], donde también se encuentra la discusión con las opiniones parcialmente divergentes de la literatura.

una ayuda. Se tiene que atender a la materia jurídica, o sea, a la realidad vital que se da en las distintas situaciones de la legítima defensa. Entonces se notará que existen cuatro grandes ámbitos en los cuales, frente al caso normal, las exigencias preventivo-generales y, con ello, el interés de preservar el Derecho se reducen considerablemente: el ataque sin culpa o con una culpa esencialmente reducida, el ataque provocado antijurídicamente, el ataque insignificante y el ataque en el marco de relaciones sociales de cercanía, asegurados a través de posiciones de garantía. El que esto sea así, puede deducirse de valoraciones legales (entre otras, en los artículos 20 [inimputabilidad por trastornos mentales], 21 [culpabilidad reducida], 13 [delitos de omisión impropia] StGB, art. 153 StPO [no persecución de casos de bagatela]). Pero recién los hechos dan contorno a la pauta valorativa legal y posibilitan decisiones relacionadas con grupos de casos.

Esto es lo que yo quiero decir cuando me refiero a que los objetivos del legislador tienen que ser desarrollados siguiendo la materia jurídica, y que solamente a través de lo empírico pueden conseguirse resultados interpretativos concretos. Estos resultados pueden extraerse recién de la “naturaleza de las cosas”. Y recién esta posibilidad también debilita el reproche de una gran indeterminación que se hace contra la idea de la pauta legal. Los parámetros más elevados son necesariamente abstractos. Recién la tipología de los hechos de vida, que son observados bajo la perspectiva de aquella, posibilita soluciones suficientemente taxativas.

3. La fuerza formadora de estructuras de los hechos vitales

Lo mismo ocurre con la fuerza de lo empírico en la formación de estructuras. La gran resonancia que ha tenido mi libro sobre “Täterschaft und Tatherrschaft”⁽⁵⁹⁾, en mi opinión, se debe en gran medida a que el concepto “Tatherrschaft” [dominio del hecho], que antes era más bien una palabra algo vaga, ha recibido ahí una estructura sistematizadora de la teoría

(59) 1ra. ed., 1963; 6ta. ed. 1994; 7ma. ed. 1999 [la octava edición alemana se publicó el 2006; la publicación de la novena edición está prevista para el 2015]. La traducción de la séptima edición, a cargo de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, fue publicada en 2000, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

de la autoría. Términos como el dominio de la acción, el dominio de la voluntad y el dominio funcional del hecho, al igual que el dominio de la coacción, el dominio del error (con sus diferentes niveles) y el dominio mediante aparatos organizados de poder, han encontrado una amplia difusión como formas de la autoría mediata, y, en parte, también han sido recogidos por la jurisprudencia⁽⁶⁰⁾. Pero nada de ello ha sido deducido de un concepto previamente definido con exactitud. Antes bien, uno de los parámetros-guía (según el cual, por regla general⁽⁶¹⁾, es autor quien tenga el dominio sobre la realización del tipo) se apoya en los fenómenos reales de la realización individual y colectiva del delito, con lo cual resulta que las mencionadas formas de autoría, que por definición no pueden ser llevadas a un denominador común, se destacan estructuralmente y posibilitan una sistematización orientada en la realidad (en cierta forma: un mapa de la teoría de la autoría).

4. La receptividad de las categorías dogmáticas para el empirismo

Desde el punto de vista aquí defendido, la teoría de los fines de la pena debe poder medirse de manera empírica. Las reflexiones preventivo-generales para fundamentar y medir la pena serían ilegítimas si se tuviera que partir de que el Derecho penal y la pena no poseen ningún efecto preventivo-general. Y es que una política criminal razonable depende de los efectos reales de las medidas de regulación social. Aquí también se encuentra un punto de diferencia en relación con el funcionalismo teórico-sistémico, para el cual las investigaciones empíricas sobre la eficacia del Derecho penal estarían “fuera de lugar”, porque la pena “significa” un restablecimiento de la identidad social, aun cuando no tenga ningún efecto empírico.

Sin embargo, la concepción teórico-sistémica que aquí reproduzco solo puede conceder a la prevención general una importancia esencial para

(60) Referencias más exactas pueden encontrarse en el anexo de la 7ma. edición del libro.

(61) También los delitos de infracción del deber, que constituyen la excepción a la regla, bajo el punto de vista normativo de la “figura central”, deben ser, en cierto modo, reconocidos a partir de la materia jurídica típica. Una primera monografía sobre los delitos de infracción del deber es proporcionada ahora por SÁNCHEZ VERA, “Pflichtdelikt und Beteiligung”, 1999.

la justificación de la pena, debido a que, pese a algún escepticismo, existen mayoritariamente motivos para suponer que el Derecho penal sí es capaz, en lo esencial, de contribuir a “impedir delitos” y “reforzar la confianza de los ciudadanos en la firmeza y fuerza coercitiva del ordenamiento jurídico”⁽⁶²⁾.

Pero la dogmática penal tampoco debe perder contacto con la realidad, sino construir sus conceptos de tal manera que queden abiertos para nuevos resultados empíricos. Voy a aclarar esto brevemente tomando dos ejemplos del ámbito de la teoría del injusto y de la teoría de la responsabilidad penal.

En un sistema penal concebido politicocriminalmente, el concepto de riesgo permitido constituye un concepto central de la teoría del injusto. Y es que el injusto no es otra cosa que la realización de un riesgo no permitido en el marco del alcance del tipo⁽⁶³⁾. Pero solamente recurriendo a todos los conocimientos empíricos –y precisamente a los más recientes y pertinentes– sobre la peligrosidad de determinadas conductas, y ponderando con el mayor cuidado entre los efectos socialmente útiles y los dañinos, puede decidirse lo que es un riesgo no permitido. Esto rige también, p. ej., para el moderno Derecho penal ambiental, en donde el principio jurídico-formal de la accesoria administrativa resulta ser inadecuado para definir los riesgos socialmente intolerables y tiene que ser reemplazado por otros criterios más cercanos a la realidad⁽⁶⁴⁾.

En lo que respecta a la categoría de la responsabilidad, me conformo con dar una breve indicación sobre la imprudencia leve, la cual es considerada punible pese a que se niegue mayoritariamente su necesidad de pena⁽⁶⁵⁾. En

(62) Así SCHÖCH, en JEHLE (edit.), “Kriminalprävention und Strafjustiz”, 1996, p. 326. No puede hacerse aquí una fundamentación más detallada de esta suposición; pero comp. las refs. sobre el estado de la discusión en ROXIN (como en la nota 9), § 3, n. marg. 30, nota 35 [4ta. ed., *ibidem*, nota 41]. Sobre una parte de esto recientemente: SCHÜNEMANN/VON HIRSCH/JAREBORG (edits.), “Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog”, Simposio de Uppsala (Suecia) en 1996, publicado en 1998.

(63) Sobre cómo debe deducirse esto de la tarea social del Derecho penal ver, c. más detalles, ROXIN (como en la nota 34), p. 885 y ss.

(64) Comp. al respecto, tan solo SCHÜNEMANN (como en la nota 52), p. 209 y ss., c. más refs.

(65) Comp. ROXIN (como en la nota 9), § 24, n. marg. 85, nota 107 [4ta. ed., § 24, n. marg. 92, nota 131].

realidad, se tendrá que decir que, en la imprudencia leve, la culpabilidad se encuentra en el nivel más bajo y que no pueden esperarse efectos preventivos de una punición en este ámbito (lo cual, por cierto, debe corroborarse con investigaciones empíricas). Y es que, si bien pueden evitarse los descuidos leves aplicando una concentración máxima, esto no será posible siempre, de manera que aquí no se conseguiría nada imponiendo una pena. Y tampoco se necesita una represión penal por razones preventivo-generales, ya que todos saben que nadie está libre de un pequeño descuido; luego, la punición de esto no va a intimidar a nadie ni puede reforzar la conciencia jurídica general. Aquí es suficiente el Derecho civil para compensar los daños resultantes.

El Derecho penal debería tener en cuenta esto a través del mecanismo regulador de la inexigibilidad, que se conocía ya en los tiempos del Tribunal del Reich. Y es que “es inexigible pedir una precisión de maquinaria durante toda la vida”⁽⁶⁶⁾. Esto contradice la naturaleza empírica del ser humano. Detrás del concepto de la imprudencia se oculta, entonces, un amplio espectro de conductas empíricamente muy variadas y que también deben ser socialmente evaluadas de manera distinta. La dogmática también debería tener en cuenta esta circunstancia, a través de un tratamiento objetivamente diferenciado, en vez de medir con la misma vara normativa todos estos hechos de la vida.

V. ACERCA DEL DEBATE MINIMALISTA

El intento emprendido por la Escuela de Fráncfort para limitar la legislación criminal a un “núcleo del Derecho penal”, en el cual se empleen los medios de la dogmática “clásica” y que se oriente mayoritariamente en los delitos de lesión que otorgan protección individual⁽⁶⁷⁾, ha surgido del espíritu del pensamiento principista de la vieja Europa. Esto

(66) ROXIN (como en la nota 9), § 24, n. marg. 119 [4ta. ed., *ibidem*, n. marg. 126].

(67) Esta corriente no puede, naturalmente, ser expuesta aquí con todo detalle; una primera orientación se tiene en ROXIN (como en la nota 9), § 2, n. marg. 25-33 [4ta. ed., *ibidem*, n. marg. 68 y ss.], a la cual también se remite SILVA SÁNCHEZ.

se basa en la pretensión loable de defender los elementos de Estado de Derecho, limitadores de pena de nuestro instrumental dogmático tradicional contra las criminalizaciones desmedidas en el campo previo, con las cuales el legislador intenta afrontar los riesgos sociales provenientes de las tecnologías modernas⁽⁶⁸⁾.

Las tesis de Fráncfort han recibido vivas críticas⁽⁶⁹⁾ que, previsiblemente, van a predominar en la discusión científica. Y también se debe dar la razón a la crítica en cuanto al punto central de que el Derecho penal no puede, por principio, apartarse de la tarea de combatir aquellos peligros que son más graves para la sociedad y los individuos que los fenómenos de la criminalidad “clásica”. Los delitos de peligro abstracto, que son los que sobre todo ocupan a la Escuela de Fráncfort, no son criticables por sí mismos. En esto coinciden los dogmáticos que se orientan en la política criminal, como SCHÜNEMANN, y los funcionalistas teórico-sistémicos, como JAKOBS⁽⁷⁰⁾; y yo concuerdo con ellos⁽⁷¹⁾. Un tipo penal como el de la “conducción bajo estado de ebriedad” (art. 316 StGB) –para recurrir al caso más sencillo y frecuente– es necesario y apropiado. Y es que solamente puede intervenir con éxito contra conductores alcoholizados en un estado en el cual todavía no ha pasado nada. La conducta típica ha sido descrita con claridad, la referencia al bien jurídico (protección del cuerpo, la vida y objetos de valor) es reconocible por cualquiera, y el peligro es de tal naturaleza que puede ocurrir en cualquier momento.

(68) SILVA SÁNCHEZ (ver arriba en **) p. 6.

(69) Comp. tan solo KUHLEN, *GA* 1994, p. 362 y ss.; SCHÜNEMANN (como en la nota 52), p. 210 y ss.; HIRSCH, en KÜHNE/MIYAZAWA (edits.), “Strafrecht als Mittel zur Bekämpfung neuer Kriminalitätsformen”, 1995, p. 11 y ss.; recientemente, otra vez SCHÜNEMANN en la ponencia principal que presentara en el 3er. Simposio germano-japonés (del 12 al 15 de octubre de 1997) en Tréveris: “Vom Unterschichts- zum Oberschichtsstrafrecht”, publicado en KÜHNE/MIYAZAWA (edits.), “Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland”, 2000, p. 15 y ss.

(70) Comp. tan solo SCHÜNEMANN (como en la nota 52), p. 210 y ss.; JAKOBS (como en la nota 20), p. 858.

(71) Por consiguiente, SILVA SÁNCHEZ tiene razón cuando hace la comprobación (ver arriba [como en **], p. 14): “Entonces, el modelo político-criminal no es minimalista”.

Por cierto que –y en ello radica el relativo acierto de la crítica francfortiana– nuestra legislación, en tanto se mueva fuera del “núcleo del Derecho penal”, sigue siendo poco satisfactoria. Ella carece de un asesoramiento suficiente en cuestiones de política legislativa y dogmática penal. Por política legislativa, tendría que revisarse con mucho más cuidado si la renuncia a determinadas posibilidades o la aplicación de medios de regulación extrapenal no podrían ser más efectivos que una disposición penal cuando se trate de afrontar las amenazas de la producción de daños. La renuncia a la energía nuclear es más efectiva que una lucha penal contra los peligros atómicos, y un control preventivo puede ser más efectivo que una represión penal.

Pero, para retornar al tema de esta contribución: también la dogmática de los delitos de peligro abstracto y muchas de las nuevas áreas jurídicas dominadas por ellos (como en el Derecho penal del medio ambiente), han permanecido sin desarrollar durante tanto tiempo porque ni el legislador ni el juez han sido capaces de proveer las herramientas para preservar los estándares clásicos del Estado de Derecho. Así, a menudo el bien jurídico protegido, que es el que recién hace posible una interpretación precisa, se ha desvanecido, bajo la pluma de un legislador desorientado, en conceptos generales vagos; y no pocas veces también la jurisprudencia, en un sobrececeo desenfrenado de Estado de Derecho –p. ej. en el Derecho penal del tráfico de drogas–, ha allanado las diferenciaciones dogmáticas existentes entre los actos preparatorios, la tentativa y la consumación, o entre la autoría y la participación⁽⁷²⁾.

Pero no se deben afrontar tales defectos haciendo que el Derecho penal se retire de estos ámbitos, sino, por el contrario, con su “puesta en cultivo” de manera dogmática. Los contrarios a la Escuela de Fráncfort tampoco niegan esta necesidad⁽⁷³⁾, mientras que esta cae en una resignación apresurada cuando considera que sería imposible hacer frente a los

(72) Comp. al respecto tan solo p. ej. ROXIN en StV 1992, p. 517, refiriéndose a la sentencia del TEA impresa allí mismo en la p. 516.

(73) Comp. tan solo las citas dadas en SCHÜNEMANN y JAKOBS (como en la nota 70).

peligros de una “sociedad de riesgos” con un Derecho penal que vincule las criminalizaciones necesarias a limitaciones punitivas propias de un Estado de Derecho.

Así, todavía en los primeros años de la Posguerra, los delitos imprudentes –debido a la escasa importancia que tenían entonces– constituían un hijastro descuidado de la dogmática penal; pese a lo cual hoy en día su elaboración dogmática, sobre todo a través de la teoría de la imputación objetiva, ya ha alcanzado el nivel que tienen desde hace mucho los delitos de comisión dolosa. Y, entretanto, también los bienes jurídicos colectivos y los delitos de peligro abstracto son objeto de amplias y profundas investigaciones. Solamente quiero recordar aquí los más recientes trabajos de habilitación de cátedra de ZIESCHANG⁽⁷⁴⁾, WOHLERS⁽⁷⁵⁾ y HEFENDEHL⁽⁷⁶⁾. Estos trabajos van a contribuir a que la dogmática, en un tiempo no muy lejano, pueda ofrecer al legislador y al juez soluciones que hagan justicia, por igual, a los mandatos de efectiva protección de bienes jurídicos y su adecuada limitación punitiva en un Estado de Derecho.

Luego, lo que separa la concepción que yo defiendo del minimalismo de la Escuela de Fráncfort es menos una discusión sobre la orientación fundamental que una diferente estimación sobre la capacidad de rendimiento de nuestra dogmática penal. Lo que ha llevado a la Escuela de Fráncfort al callejón sin salida de un “núcleo de Derecho penal” minimalista es su falta de compromiso, basada en un escepticismo infundado, por una dogmática penal fundada en una política criminal de Estado de Derecho⁽⁷⁷⁾.

(74) ZIESCHANG, “Die Gefährdungsdelikte”, 1998.

(75) WOHLERS, “Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – Zur Dogmatik moderner Gefährdungsdelikte”, 1999.

(76) HEFENDEHL, “Grund und Grenzen des Schutzes kollektiver Rechtsgüter im Strafrecht”, 2002.

(77) Comp. ya al respecto mi informe del día sobre el simposio de Tréveris mencionado en la nota 69; ver en *ZStW* 110 (1998), p. 806 y ss. (807-809).

Cambios en la teoría de los fines de la pena (*)



I. LAS TEORÍAS TRADICIONALES DE LA PENA

La cuestión de la finalidad de la pena es un tema muy popular en los discursos solemnes, tal como lo demuestra mi conferencia de hoy. Eso no cambia para nada su importancia y continua actualidad. Y es que la cuestión de lo que pueda y deba conseguir la pena en la sociedad, y cómo pueda ser justificada esta intervención coercitiva, la más dura de todas las intervenciones soberanas, abarca problemas de política social y teoría del Estado que son de central importancia. Tanto más extraño resulta que, pese a todas las modificaciones fundamentales de la Constitución estatal y de las relaciones sociales, desde hace siglos siempre se sigan

(*) La presente contribución tiene su origen en una conferencia que voy a dar en Sudamérica. Ello explica la forma expositiva y también otras características del texto. Naturalmente, trato el tema desde mi perspectiva personal. No obstante, al pasar el texto por escrito me he dado cuenta en qué extraordinaria medida los “cambios de la teoría de los fines de la pena” se reflejan en el trabajo científico de Heinz MÜLLER-DIETZ y cómo él ha contribuido a ello. Esto me anima a ofrecer al ilustre colega y gran político criminal, junto con mis felicitaciones calurosas por su septuagésimo cumpleaños, mi exposición que necesariamente va a tener la forma de un esbozo.

[El artículo se publicó en el Libro-Homenaje a Heinz MÜLLER-DIETZ (Múnich, 2001, p. 701 y ss.) con el título original: “Wandlungen der Strafzwecklehre”].

ofreciendo las mismas tres concepciones que se disputan el predominio en la discusión científica y que también rigen, en una medida cambiante, en la legislación y la justicia penal⁽¹⁾.

Según la primera concepción, que en Alemania ha tenido influencia predominante durante mucho tiempo a través de KANT y HEGEL, y que también hoy en día tiene ilustres seguidores, la pena debe retribuir el hecho imponiendo un mal y, con ello, servir a la justicia, independientemente de cualquier efecto social. Aquí se habla de una teoría de la retribución o de una teoría de la justicia.

La segunda opinión ve la tarea del Derecho en impedir que el autor cometa otros delitos. A esto se denomina teoría de la prevención especial, cuyo desarrollo científico en Alemania está especialmente vinculado al nombre de Franz VON LISZT. Esta teoría ha influido fuertemente el proceso de reforma alemana en las primeras décadas después de la Posguerra.

La tercera teoría otorga a la pena la función de motivar a la generalidad, o sea, a toda la población, hacia una conducta legal. Esta teoría es denominada teoría de la prevención general. Su fundador y más importante defensor en Alemania fue Anselm VON FEUERBACH, quien fundó hace 200 años la nueva ciencia penal alemana.

Se pueden resumir las tres teorías en dos grupos. En tal caso, la teoría de la retribución aparece como una teoría “absoluta”, es decir, como una teoría independiente de sus efectos sociales que encuentra su sentido no en alguna utilidad práctica, sino solamente en la producción de justicia, mientras que las teorías de la prevención especial y general son teorías “relativas”, es decir, vinculadas a una finalidad, las cuales quieren alcanzar efectos sociales a través de la pena influyendo en el autor o en la generalidad con la finalidad de impedir delitos.

(1) Una exposición detallada puede verse en ROXIN, “Strafrecht. Allgemeiner Teil”, t. I, 3ra. ed., 1997, § 3, n. marg. 1-55 [n. d. t.: 4ta. ed., 2006, § 3, n. marg. 1-62]; el mismo autor, “Sinn und Grenzen staatlicher Strafe”, *JuS* 1966, p. 377 y ss. (igualmente en “Strafrechtliche Grundlagenprobleme”, 1973, p. 1 y ss.).

II. LA SÍNTESIS ENTRE PREVENCIÓN Y JUSTICIA COMO PARÁMETRO GUÍA DE LA TEORÍA DE LA PENA

Voy a renunciar a exponer las ventajas y desventajas de cada una de las tres teorías así como a ponderar estas con aquellas. Esto ya lo he hecho en otro lugar⁽²⁾. En vez de ello quiero esbozar de manera muy breve mi concepción básica de la teoría de la pena y tomarla luego como punto de partida para ulteriores reflexiones sobre los cambios producidos en la teoría de la pena. Según mi tesis, una pena solamente resulta legítima cuando es preventivamente necesaria y, al mismo tiempo, es justa en el sentido de que evita al autor cualquier carga que vaya más allá de la culpabilidad del hecho.

Una pena absoluta, que renuncie a finalidades de prevención y únicamente –tomando la expresión de MAURACH⁽³⁾– demuestre la “majestad del Derecho desprendida de objetivos”, no solamente no acertaría con la tarea social del Derecho penal, sino tampoco sería compatible con las bases de una Constitución democrática. Y es que la pena constituye una intervención estatal grave y, como tal, precisa una legitimación jurídica que no puede consistir en una idea metafísica de compensación retributiva de culpabilidad, sino solamente en su idoneidad y necesidad para cumplir con tareas estatales (en el caso concreto: un control seguro de la criminalidad). El Estado no está facultado para imponer una pena que no sea preventivamente necesaria⁽⁴⁾.

Por otro lado, las finalidades puramente preventivas no pueden tampoco legitimar la pena. Y es que, como la pena contiene un reproche personal contra el autor (en caso contrario, no sería una pena sino, en todo caso, una medida de seguridad), ella no puede justificarse frente a este con una simple finalidad preventiva, sino la pena tiene que poder ser entendida por

(2) Ver en la nota 1.

(3) “Strafrecht. Allgemeiner Teil”, 4ta. ed., 1971, p. 77.

(4) Entonces, de manera general rige lo que MÜLLER-DIETZ dice sobre una ejecución penal retributiva (ver “Strafzwecke und Vollzugsziel”, 1973, p. 10), a la cual él, con razón, considera inconstitucional: “En el fondo, esto desembocaría en una restricción de derechos fundamentales, cuyo objetivo obvio sería, perjudicar jurídicamente al preso, sin que se vinculara a ello una función político-criminal razonable”.

este autor en el sentido de que se ha hecho merecedor a ella. Y esto solamente ocurre cuando la pena es justa, es decir, cuando se la vincula con la culpabilidad del autor, a la cual también va unida su medida. Luego, la pena tiene que estar en una relación apropiada con la culpabilidad. El principio de culpabilidad, que se describe con estas palabras, es considerado por la mayoría en Alemania como garantizado incluso por la Constitución. Una pena que por razones preventivas –p. ej. con la finalidad de intimidar– vaya más allá de la medida de la culpabilidad, es vista como un atentado contra la dignidad humana que, en el artículo 1 de la Ley Fundamental alemana, es declarada como “intangible”⁽⁵⁾.

Cuando se ven las cosas así, entonces la exigencia de una necesidad preventiva de pena, al igual que su limitación por la medida justa de la culpabilidad, se ven trazadas por las bases de la teoría del Estado de una democracia respetuosa de los derechos humanos. Luego, una “teoría de la unión” que vincula de la manera expuesta prevención y justicia, en contra de lo que se dice ocasionalmente, no constituye una vinculación ecléctica de planteamientos heterogéneos. Más bien, al persistir en una justificación cumulativa, es la única posibilidad plausible de fundamentar siquiera suficientemente la potestad punitiva estatal.

Considero lógica y politicocriminalmente obligatoria otra consecuencia de la concepción fundamental expuesta, si bien ella todavía no se ha impuesto de manera general en Alemania: que no solamente la pena preventivamente deseable sea limitada por la culpabilidad y su medida, sino también que la pena apropiada según la culpabilidad solo pueda ser impuesta en el marco de lo preventivamente indispensable. Esto quiere decir en palabras sencillas: la pena debe quedar por debajo de la culpabilidad cuando esto sea preventivamente razonable. Cuando p. ej. el cumplimiento de una pena correspondiente a la culpabilidad pudiere destruir la existencia civil del autor y provocar su desocialización, y si existiera por lo demás un pronóstico favorable de buena conducta, debería imponerse una pena

(5) También MÜLLER-DIETZ (como en la nota 4), p. 37 otorga a la culpabilidad del hecho “ya en sentido constitucional una función limitadora”, y se apoya para ello en la prohibición constitucional de exceso y en el respeto de la dignidad humana.

leve que permita la condena condicional. Y es que cuando una pena leve pueda cumplir con la finalidad preventiva de igual o mejor manera que una pena fuerte, que era la merecida, la pena que agotara la medida de la culpabilidad carecería de legitimación a través de la necesidad social⁽⁶⁾.

III. LA DIVERSIFICACIÓN DE LOS ASPECTOS PREVENTIVOS DE LOS FINES DE LA PENA

La teoría de los fines de la pena que he esbozado intenta ciertamente, basándose en la teoría del Derecho, tomar en cuenta las exigencias del presente. Pero ella no constituye más que una vinculación actualizada de elementos que, como muy tarde desde la Ilustración y la filosofía del idealismo, determinan la discusión. Los cambios de la teoría de los fines de la pena que pueden hacer que esta alcance un renacimiento político-criminal fructífero, no radican tanto en los altos niveles de teoría abstracta como en la orientación hacia la realidad social y nuevas formas de sanción. Voy a aclarar esto primero a partir de la diversificación de los fines preventivos de la pena.

1. La prevención especial

La prevención especial, que rigió como finalidad dominante de la pena en las primeras décadas de la posguerra y que ha influido permanentemente en la nueva parte general del Código penal alemán, vigente desde 1975⁽⁷⁾, ha desaparecido en la actualidad de la discusión internacional sobre la teoría

(6) También MÜLLER-DIETZ ("Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems", 1979, p. 24) reconoce "que la culpabilidad, si bien constituye una condición necesaria, no siempre es una condición suficiente de la pena". En cuanto a la cuestión de quedarse debajo de la medida de la culpabilidad, MÜLLER-DIETZ se manifiesta ponderando y diferenciando (*ibidem*, p. 29). El capítulo sobre "La relación entre culpabilidad y prevención a la luz de los fines de la pena y la medición de la pena", en las páginas 16 a 30 de este libro, contiene un muy extenso análisis de mi concepción, análisis que -pese a algunas divergencias- permite reconocer una amplia coincidencia mutua en la orientación fundamental de política criminal.

(7) Compárese así mi trabajo "Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs" en *ZStW* 81 (1969), p. 613 y ss. (igualmente en "Strafrechtliche Grundlagenprobleme", 1973, p. 32 y ss.).

de la pena⁽⁸⁾. La prevención general domina el terreno. Esto es lamentable, porque la finalidad de ayudar al autor del delito a tener una vida futura sin delitos es, como idea, el medio más constructivo de todos para tratar con la criminalidad. La resocialización ayuda al delincuente en la reintegración social y eleva sus oportunidades en la vida. Pero también ayuda a la generalidad, porque un autor que no vuelve a cometer delitos ya no representa un riesgo y, con ello, mejora las condiciones de vida de todos.

El descrédito de la prevención especial se debe, sobre todo, a que la idea de configurar la privación de la libertad como una ejecución resocializadora de pena, hasta ahora no ha tenido ningún éxito destacable. Por todas partes se ve un cuadro similar: falta dinero, así como también, a menudo, la voluntad de gastarlo en esfuerzos costosos de resocialización. Y tampoco ha podido desarrollarse hasta ahora un programa realmente eficiente y fácil de manejar. Es así que, bajo la frase “nothing works”, se ha propagado la resignación y un escepticismo generalizado frente a la prevención especial⁽⁹⁾.

La verdadera causa de este desarrollo radica en que el pensamiento preventivo-especial, durante mucho tiempo, ha tenido una fijación unilateral en la pena privativa de libertad. Su relativa falta de éxito, como medio de resocialización, se ha convertido en un argumento contra la prevención especial por sí misma. Pero, en realidad, con ello no se describe la incorrección de la finalidad preventivo-especial sino solamente la problemática político-criminal de la privación de libertad.

Y es que la privación de libertad está vinculada con demasiadas circunstancias colaterales que son enemigas de la resocialización: el aisla-

(8) Comp. al respecto tan solo mi manual (como en la nota 1), § 3, n. marg. 18 y ss., c. más refs. [4ta. ed., *idem*]. Una exposición minuciosa del desarrollo y una defensa de la idea resocializadora se encuentra en mi trabajo “Zur neueren Entwicklung der Kriminalpolitik”, en LH a Gagnér, 1991, p. 341 y ss.

(9) El origen de este eslogan está en el trabajo de MARTINSON, “What works. Questions and Answers about Prison Reform”, 1974. Una exposición clara de la situación en Alemania puede encontrarse en ROLINSKI, “Veränderte Bedingungen des Resozialisierungsvollzuges im Kontext internationaler Kriminalität in Deutschland”, en KÜHNE/ MIYAZAWA, “Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland”, 2000, p. 67 y ss.

miento de la sociedad, que es nocivo para un entrenamiento de aprendizaje en lo social, la frecuente destrucción de vínculos humanos y sobre todo familiares, el fracaso profesional, el peligro de una infección criminal y la descalificación social ante los ojos de la opinión pública. Apenas si se pueden compensar, en el establecimiento penal, todos estos influjos negativos mediante esfuerzos resocializadores serios, que se ven limitados por razones presupuestales y que sufren bajo la rutina del quehacer cotidiano carcelario. Esto es tanto más cierto en cuanto que corregir desviaciones psíquicas enraizadas constituye una difícil tarea.

Por ello, no es una correcta vía político-criminal el descalificar a la prevención especial. Más bien se recomienda, precisamente por razones de prevención especial, evitar la privación de libertad todo lo que permita su compatibilidad con las exigencias de la prevención general. En lo práctico, esto significa que se tienen que introducir alternativas a la privación de libertad y otras medidas sociales promotoras de una resocialización o que, por lo menos, no perjudiquen a ésta. Esto es lo que yo entiendo por “diversificación” (es decir, como distribución de planteamientos preventivo-especiales en varias formas de manifestación) y lo que yo evaluo como un cambio fructífero de la teoría de los fines de la pena.

Comienzo con las alternativas a la privación de libertad, de las que el legislador alemán se viene ocupando desde hace algunos años bajo el influjo de los cambios expuestos en la idea de prevención especial. Desde 1994, el Código penal alemán reconoce la compensación a la víctima por parte del autor (o sea, la reconciliación entre autor y víctima) y la reparación civil unida a considerables esfuerzos personales, como prestaciones del autor para reducir la pena y que pueden llevar a la suspensión condicional de la ejecución de la pena e incluso –en penas de hasta un año– la exención de pena (arts. 46, segundo párrafo, 46a, 56, segundo párrafo, segunda oración). Detrás de esto se esconde la idea –entre otras cosas– de que las prestaciones socialmente constructivas de este tipo, ya por sí mismas, contienen un poco de reintegración social comprobada a través de la participación activa. Desde finales de 1999 el legislador alemán también está tratando de promover estos esfuerzos compensatorios a través del auxilio de los Tribunales, la Fiscalía y oficinas de conciliación especializadas (arts. 155a,

b, StPO). Precedió a este esfuerzo legislativo un “Proyecto-Alternativo de reparación civil” en 1992, en el que yo intervine y en el que se continuaba el desarrollo de esta nueva orientación político-criminal proporcionando una propuesta legal y una amplia fundamentación⁽¹⁰⁾.

Además, desde fines del año pasado [2000], el Ministerio de Justicia alemán tiene en sus manos un proyecto que busca ampliar el campo de aplicación del trabajo comunitario (es decir, una prestación laboral voluntaria en provecho de la generalidad)⁽¹¹⁾. Según este proyecto, se debe agregar al Código penal una disposición que diga: “El Tribunal puede permitir al condenado que, a través de trabajo en provecho de la comunidad, evite la ejecución de una privación de libertad de hasta seis meses” (art. 55a, primer párrafo, 1 StGB). Cuando se trate de una primera condena a tal pena, esto incluso tiene que ser otorgado (art. 55a, primer párrafo, 2 StGB). También podrían compensarse, a través del trabajo comunitario, las penas privativas de libertad de ejecución suspendida de hasta un año (art. 55a, segundo párrafo, 1 StGB). Finalmente, en el futuro también debería evitarse, en lo posible, que la privación de libertad reemplace al no-pago de las penas de multa. En la nueva regulación prevista dice: “A cambio de una pena de multa incobrable se aplica el trabajo comunitario cuando el condenado esté de acuerdo con ello” (art. 43, primer párrafo, 1 StGB).

En el espacio que se me ha concedido no puedo valorar cada uno de estos planes legislativos. Pero, en su tendencia, me parece que constituyen pasos en la dirección correcta. Y es que el legislador ha comprendido que la compensación entre autor y víctima, los grandes esfuerzos de reparación

(10) En mi trabajo “Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke”, he fundamentado con más detalles este cambio de la teoría de los fines de la pena; ver en SCHÖCH (edit.), “Wiedergutmachung und Strafrecht”, 1987, p. 37 y ss. También MÜLLER-DIETZ se ha ocupado excelentemente de la compensación entre el autor y la víctima: comp. p. ej. MÜLLER-DIETZ, “Strafrechtstheoretische Überlegungen zur Wiedergutmachung”, en ESER/KAISER/MADLENER (edits.), “Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht”, 1990, p. 355.

(11) Se trata del “Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Sanktionenrechts” [Proyecto de Ley para reformar el Derecho sancionador]; proyecto de los asesores de 08-12-2000.

civil y el trabajo comunitario ofrecen más oportunidades preventivo-especiales que las privaciones de libertad de poca duración. Aquellas evitan las desventajas de estas, producen algo socialmente útil y dan al condenado la sensación de haber salido adelante gracias a su propio esfuerzo.

Por lo demás, también puede pensarse en muchas otras regulaciones preventivo-especiales que prometan éxitos, de las cuales solamente voy a nombrar algunas a manera de ejemplo. Si a un autor que ha respondido con éxito durante el período de la suspensión condicional de la condena, se le otorgara como premio de resocialización una remisión retroactiva de la pena, de manera que no tenga antecedentes penales, esto promovería extraordinariamente la motivación del autor para trabajar en su resocialización durante el período de prueba⁽¹²⁾. Y si, tal como exige el Tribunal Constitucional Federal [TCF] de Alemania⁽¹³⁾, el trabajo carcelario se retribuyera de una manera más o menos correspondiente con el valor del trabajo, esto podría tener efectos preventivo-especiales muy favorables. Y es que el condenado podría conocer la ventaja de tener un trabajo regular, pagar sus deudas y ahorrar un capital inicial para su vida en libertad. Los costos de dicha remuneración podrían verse compensados por el ahorro que significaría la disminución de las reincidencias. Para muchos delincuentes menores que nunca han aprendido en su vida algo socialmente útil, se podría pensar también en imponerles primero, como sanción, solamente el cumplimiento de una formación profesional bajo vigilancia estatal. Esto podría eliminar una de las causas esenciales que motivan la criminalidad de estos y les daría mucho mejores posibilidades para llevar una vida en la legalidad.

Aquí voy a cerrar la lista, pues creo que ya lo expuesto permite reconocer los cambios que ha tenido la idea de resocialización, idea que yo defiendo.

(12) Tal propuesta ya se había hecho en el art. 47, segundo párrafo, del Proyecto Alternativo de Código Penal, parte general, de 1966.

(13) *NJW* 1998, p. 3337.

2. La prevención general

No puede haber dudas de que también la prevención general –con las restricciones que van a mencionarse más adelante– constituye una importante finalidad de la pena. Y es que al Estado le debe interesar no solamente impedir que se produzcan condenados por nuevos delitos sino impedir, desde el principio e influyendo en la totalidad de los ciudadanos, que se cometan los delitos. Al principio se entendía por prevención general, tal como también era la idea de FEUERBACH, solamente la intimidación de personas que corrían el peligro de caer en la criminalidad. Se seguía la divisa: “crime does not pay”. En la actualidad, en la ciencia alemana esta prevención general “negativa” ha sido ampliamente desplazada⁽¹⁴⁾ por la prevención general “positiva”⁽¹⁵⁾. Según esta última –con las palabras de nuestro Tribunal Constitucional⁽¹⁶⁾–, la pena tiene la tarea de “demostrar frente a la comunidad jurídica la inquebrantabilidad del ordenamiento jurídico y, de esa manera, reforzar la fidelidad jurídica de la población”.

Ya en ello radica un notable cambio de esta finalidad de la pena. Y es que el destinatario de la prevención general ya no es solamente el que está en peligro de caer en la criminalidad. Querer intimidar a éste mediante el Derecho penal tampoco promete mucho éxito, pues el delincuente suele confiar en que no va a ser descubierto y, por ello, no teme al Derecho penal. En esto se basa también el retroceso de la prevención general negativa en la reciente discusión. El destinatario de la prevención general positiva es, sobre todo, el ciudadano fiel al Derecho, a quien se debe transmitir, me-

(14) Acerca del efecto intimidante de las sanciones más graves –la pena de muerte y la cadena perpetua– evaluando el estado actual de la investigación internacional, ver, ampliamente, MÜLLER-DIETZ, en JESCHECK/ TRIFFTERER (edits.), “Ist die lebenslange Freiheitsstrafe verfassungswidrig?”, 1988, p. 99 y ss.

(15) Sentando las bases también MÜLLER-DIETZ, “Integrationsprävention und Strafrecht. Zum positiven Aspekt der Generalprävention”, en LH a Jescheck, 1985, p. 813. Por lo visto, el concepto de prevención integradora lo he empleado yo por primera vez (comp. MÜLLER-DIETZ, *ibidem*, p. 816, en la nota 21 y el texto correspondiente a ella), y es recepcionado aquí por MÜLLER-DIETZ.

(16) Sentencia del TCE, t. 45, p. 255 y ss.

dian­te una jus­ticia pen­al en funcio­namien­to, una sen­sa­ción de se­gu­ri­dad y una ac­ti­tud apro­ba­do­ra fren­te al Es­tado y su or­dena­mien­to ju­rí­di­co.

Tam­bién en el cam­po de la pre­ven­ción ge­ne­ral po­si­ti­va es po­si­ble una ma­yor di­ver­si­fi­ca­ción. Pue­den di­fe­ren­ciarse tres dis­tin­tos efec­tos: en pri­mer lu­gar, el efec­to de apren­di­za­je que al­can­za el De­re­cho pen­al po­niendo a la vis­ta, de ma­ne­ra ilus­tra­ti­va, las re­g­las so­cia­les bá­si­cas, cuya vi­ola­ción no pue­de ac­cep­tarse; en se­gun­do lu­gar, el efec­to de con­fian­za que re­sul­ta cuan­do el ciu­da­da­no ve que el De­re­cho se ha im­pus­to; y, en ter­cer lu­gar, el efec­to de pa­ci­fi­ca­ción, que se pro­duce cuan­do un que­bran­ta­mien­to cri­mi­nal del De­re­cho es re­sol­to me­diante la in­ter­ven­ción es­ta­tal y se res­ta­blece la paz ju­rí­di­ca.

Es­tos di­fe­ren­tes as­pec­tos de la pre­ven­ción ge­ne­ral lle­van a in­te­re­san­tes con­se­cuen­cias de po­lí­ti­ca cri­mi­nal. Y es que, mien­tras que la idea de in­ti­mi­da­ción tie­nde a pe­nas des­pro­por­cio­na­da­men­te du­ras, que van más allá de la me­di­da de la cul­pa­bi­li­dad, y en su exa­ge­ra­ción tropie­za con du­das con­sti­tu­cio­na­les, la idea de la pre­ven­ción ge­ne­ral po­si­ti­va al­can­za pe­nas mo­de­ra­das. El efec­to de apren­di­za­je, desde el in­ci­pio, no está vin­cu­la­do a de­ter­mi­na­da me­di­da de pe­na. Y el efec­to de con­fian­za y de pa­ci­fi­ca­ción pre­su­ponen una pe­na jus­ta, es decir, con­cuer­dan con las exi­gen­cias del prin­ci­pio de cul­pa­bi­li­dad. Las pe­nas dra­co­nia­nas, que no guar­dan re­la­ción con la cul­pa­bi­li­dad in­di­vi­dual del au­tor, ca­rac­te­ri­zan a las dic­ta­du­ras y, por ello, son más bien per­ju­di­cia­les para el efec­to de con­fian­za y de pa­ci­fi­ca­ción de la pe­na.

Además, la idea de pa­ci­fi­ca­ción da la po­si­bi­li­dad de jus­ti­fi­car, con la pre­ven­ción ge­ne­ral, la in­clu­sión, que ya he men­cio­na­do, de la re­pa­ra­ción ci­vil y la com­pen­sa­ción del au­tor a la víc­ti­ma en el De­re­cho pen­al. Y es que so­la­men­te cuan­do la víc­ti­ma es in­de­mniza­da y se le res­ti­tu­yen sus de­re­chos, se pue­de decir que se ha res­ta­ble­ci­do el De­re­cho le­sio­na­do a través del de­li­to, y con ello la paz ju­rí­di­ca.

Y to­da­vía en­tra a ta­llar otro pun­to de vis­ta cuan­do se tie­ne a la vis­ta la va­rie­dad con­cre­ta de los as­pec­tos pre­ven­ti­vo-ge­ne­ra­les: que la pre­ven­ción ge­ne­ral tie­ne una re­la­ción mu­cho me­nos es­tre­cha con la pe­na que la pre­ven­ción es­pe­cial. Y es que la pre­ven­ción es­pe­cial –por lo me­nos en un Es­tado de De­re­cho– siem­pre está vin­cu­la­da a un de­li­to ya co­me­ti­do

y a un autor concreto. Ella se realiza, entonces, de manera exclusiva en la reacción estatal a los delitos. En cambio, la prevención general siempre quiere ser efectiva ya antes de la comisión de los delitos e impedirlos en lo posible desde el principio.

De ello resulta algo que los especialistas de la teoría de la pena todavía no han notado mucho: que solamente una pequeña parte de la prevención general necesaria puede ser dada por la legislación y la justicia penales. La mayor carga preventiva radica en el control social efectuado por la policía, el cual se lleva a cabo, en parte, mediante la lucha preventiva de la criminalidad, en parte, en el marco de investigaciones procesales contra autores todavía desconocidos. El medio más efectivo de la prevención general no es el Código penal o la justicia penal, sino la densidad del control, es decir, una vigilancia más intensa de la población.

Con ello se toca un tema muy delicado: la cantidad de métodos de pesquisa computarizada que tenemos a disposición actualmente, las diferentes formas de vigilancia acústica y óptica, las posibilidades que abren las investigaciones de genética molecular, y muchas otras más, podrían, bajo un empleo excesivo, impedir efectivamente los delitos, pero restringirían el espacio libre de Estado del que dispone el ciudadano de una manera que no sería compatible con nuestras ideas de un Estado liberal de Derecho. Aquí no voy a tratar en particular cada uno de los problemas que surgen de esto, sino solamente quisiera traer a la memoria una importante tarea: la cuestión de cuánta libertad, cuánta esfera de privacidad estamos dispuestos a sacrificar a favor de una mejor protección frente a la criminalidad, tiene que plantearse científicamente incluyendo posiciones constitucionales de manera mucho más fuerte que lo que se ha hecho hasta ahora. Gran parte de la población parece estar dispuesta a tolerar cada vez más control porque, como ciudadanos fieles al Derecho, no tendrían “nada que temer ni nada que ocultar” y porque, además, les parece que es justa una mayor seguridad ante la amenaza criminal. Pero no ven cuántas personas inocentes son afectadas ni cómo, a través de una total observación y el espionaje, se puede dar pie a tendencias totalitarias. Con todo esto, no se quiere dar un veredicto general sobre las alternativas al Derecho penal que actúen con medidas de vigilancia y prevención. Pero no se debe dejar únicamente en

manos de los políticos las ponderaciones y delimitaciones que son aquí necesarias, sino debe reconocerse que estas son tareas de primer rango de la ciencia del Derecho y, en este caso, también de las ciencias sociales.

Para la teoría de los fines de la pena resulta de esto el entendimiento de que la prevención general también puede alcanzarse con métodos extrapenales (no solamente el del control, sino también p. ej. la pedagogía social o el aseguramiento técnico de objetos en peligro), de manera que una política criminal eficaz tiene que ir mucho más allá que el Derecho penal.

IV. LA DIFERENTE ACENTUACIÓN DE LOS FINES DE LA PENA EN LOS ESTADIOS DE LA REALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL

Forma parte de los cambios de la teoría de la pena, cuya mayor consideración debe exigirse, también el reconocimiento del distinto peso que tienen los fines de la pena en la dimensión temporal⁽¹⁷⁾.

1. Las conminaciones penales

Las conminaciones penales tienen, en tanto no se hubiera producido un delito, una función exclusivamente preventivo-general. En este estadio temprano, entre todas las formas de aparición de la prevención general solamente actúan el –escaso– efecto intimidador y el efecto de aprendizaje. Y es que el efecto de confianza y de pacificación recién pueden darse a partir de lo que resulte del proceso. La intimidación y la finalidad de aprendizaje exigen, por igual e incluso bajo el precio de dejar vacíos, tipos exactamente definidos y fáciles de entender. Aquí radica la estrecha relación entre el principio “nullum crimen sine lege” y la prevención general que ya

(17) Esta “teoría de los escalones” (como la llama MÜLLER-DIETZ) no la he inventado yo, pero ha sido reanimada en mi trabajo sobre “Sinn und Grenzen staatlicher Strafe” (*JuS* 1966, p. 377 y ss., 381), igualmente en “Strafrechtliche Grundalgenprobleme”, 1973, p. 112. Partiendo de esto, MÜLLER-DIETZ ha continuado desarrollando, de manera extraordinariamente fructífera, la idea del “Strafen als Prozeß –Rechtsgüterschutz durch Strafandrohung, Strafverhängung und Strafvollzug” [Penar como un proceso –la protección de bienes jurídicos mediante la conminación penal, la imposición de la pena y la ejecución de la pena”] en “Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems”, 1979, p. 30 y ss.

FEUERBACH había resaltado⁽¹⁸⁾. Cuando el legislador actual con frecuencia ya no respeta de manera suficiente el principio de taxatividad, esto se debe a que la teoría de los fines de la pena se ha concentrado de manera muy unilateral en la medición de la pena y en la ejecución de la pena.

Pero también se ve en las conminaciones penales cómo las necesidades preventivo-generales sobrepasan el campo de tareas del Derecho penal. Y es que, como es natural, no puede dejarse el aprendizaje de reglas elementales de ética social a la mera lectura del Código penal. En una época en la que en gran medida no se produce la socialización, antes sobreentendida, dentro de la familia (debido a la desaparición de la gran familia y debido a la actividad laboral de ambos padres de familia), y en la cual a menudo tampoco existen ya o se han relajado los vínculos religiosos, la escuela debe recoger –como p. ej. ya hacen actualmente las grandes empresas económicas con sus trabajadores–, en mayor medida de lo que ha ocurrido hasta ahora, en su plan de aprendizaje, la enseñanza de comportamientos socialmente competentes. Esto puede prevenir delitos de mejor manera que los esfuerzos posteriores de la ejecución penal, ya que ellos, con frecuencia, no son capaces de compensar los déficit sociales. Tengo que quedarme aquí en esta alusión; ella puede, sin embargo, mostrar que un programa amplio orientado en la prevención de delitos no debe limitarse al Derecho penal, sino tendría que ser concebido de manera interdisciplinaria.

2. La imposición de sanciones

Cuando el proceso penal culmine en una condena, pasan a primer plano, en la imposición de la sanción, los puntos de vista de prevención general y prevención especial por igual. Mientras más grave sea el delito, tanto más exige la prevención general un agotamiento de la medida de culpabilidad. Y es que, cuando se trata de delitos gravísimos, la confianza en el ordenamiento jurídico solamente puede mantenerse y la paz jurídica solo puede restablecerse cuando se produzca una represión adecuada a la culpabilidad.

(18) Más detalles al respecto en mi manual, igual que en la nota 1, § 5, n. marg. 22; 23 [4ta. ed., *ibidem*].

Por el contrario, en los delitos leves y de mediana gravedad, que son de lejos la mayoría en la práctica, puede practicarse más tolerancia cuando esto sea necesario por razones de prevención especial. Entonces, aquí, tal como he desarrollado al principio como consecuencia de mi teoría de los fines de la pena, la pena puede quedarse por debajo de la medida de la culpabilidad, y pueden entrar a tallar todos los beneficios que se basen en las posibilidades de la suspensión condicional de la pena, la reparación civil, la reconciliación y el trabajo comunitario. Y es que los delitos menores conmueven la paz social de manera comparativamente leve, y una reintegración social del delincuente sirve más a la seguridad pública que un rigor promotor de la reincidencia.

Entonces, en la imposición de sanciones influyen conjuntamente la prevención general y la prevención especial, si bien lo hacen de una manera escalonada según la gravedad del delito.

3. La ejecución de la pena

Por el contrario, en la ejecución de la pena, según una nueva concepción, debería buscarse solamente la resocialización⁽¹⁹⁾. Esto no es para nada un sobreentendido. Y es que en épocas anteriores se han querido alcanzar efectos preventivos precisamente mediante un rigor escalonado según la gravedad del delito, rigor que incluso llegaba a la crueldad de la ejecución penal. En la comprensión de que esto es falso radica un cambio muy importante en la teoría moderna de los fines de la pena. Y es que una ejecución penal basada en la imposición de un mal y que renuncie a la resocialización solamente puede llevar al condenado a una desocialización definitiva y no puede ser para él un aliciente hacia formas de conducta humanas y sociales que él necesita urgentemente.

En el sentido de la nueva orientación aquí necesaria, la Ley alemana de Ejecución Penal menciona expresamente como “finalidad de la ejecución penal” (en el art. 2): “En la ejecución de la pena privativa de libertad,

⁽¹⁹⁾ Esto ya lo había demostrado también MÜLLER-DIETZ, señalando el camino y recogiendo toda la literatura de entonces, en su trabajo “Strafzweck und Vollzugsziel”, 1973.

el preso debe adquirir la capacidad de llevar, en el futuro, una vida bajo responsabilidad social y libre sin delitos". Si bien a continuación dice: "La ejecución de la privación de libertad también sirve para la protección de la generalidad frente a la comisión de nuevos delitos", esta cláusula preventivo-general describe solamente un efecto secundario de la privación de libertad y no una finalidad.

Ciertamente, debido a los déficit de realización ya mencionados y debido a los perjuicios de toda pena privativa de libertad, hasta ahora no se puede alcanzar, en la medida deseada, la finalidad de la ejecución penal. Esto ha llevado a que en Alemania, solamente en el 6 % de todas las condenas se disponga el cumplimiento de una pena privativa de libertad⁽²⁰⁾ y que la resocialización sea practicada más evitando que ejecutando la privación de libertad. Pese a ello, es acertado e importante que se emprendan esfuerzos serios de resocialización precisamente para los presidiarios que cumplan condenas de larga duración. Nuestra Ley de ejecución penal exige por eso (en el art. 3) una configuración de la ejecución penal que ayude al prisionero a integrarse en la vida en libertad, que se oponga a las consecuencias perjudiciales de la privación de libertad y que acerque, lo máximo posible, la vida carcelaria a las relaciones generales de la vida.

Dado que también las sanciones no privativas de libertad deben ser configuradas de la manera más favorable posible a la resocialización a través de una reforzada inclusión de la compensación entre el autor y la víctima, la reparación civil y el trabajo comunitario, se puede decir, resumiendo, que la teoría de los fines de la pena tiene que tomar en cuenta la dimensión temporal de la realización del Derecho penal. Esta dimensión temporal va desde la pura prevención general en las conminaciones penales, pasando por la vinculación entre prevención general y prevención especial al momento de imponer la sanción, hasta llegar a la clara preeminencia de la prevención especial en la ejecución de la pena y de las sanciones no privativas de libertad. Luego, también forma parte de los desarrollos modernos de la

(20) La fundamentación del proyecto de ley mencionado en la nota 11 menciona esta cifra remitiéndose a las estadísticas de la persecución del delito de 1998.

teoría de la pena, el cambio de los fines de la pena dentro del proceso de realización del Derecho penal que ha reemplazado a la rígida persistencia en ideas unilaterales sobre la finalidad de la pena.

V. EL AUTOR COMO PARTE ACTIVA EN LA REALIZACIÓN DE LOS FINES DE LA PENA

También merecen una mención final las transformaciones de la teoría de los fines de la pena que se han producido a partir de la posición del delincuente hacia el poder estatal. Durante siglos la pena era vista como algo que se “infligía” e “imponía” al autor, de tal manera que él solamente debía soportarlo pasivamente. Él era un mero objeto de influjos, sea que sirvieran estos a la retribución, al tratamiento preventivo-especial o a la influencia en la generalidad.

Aquí también se ha abierto paso un cambio que promete éxitos, sobre todo de carácter preventivo-especial, aunque también preventivo-general. Cuando volcamos nuestra mirada otra vez hacia los nuevos métodos de sanción, tales como la compensación autor-víctima, la reparación civil prestada bajo esfuerzos personales y también el trabajo comunitario, vemos que todos ellos exigen un compromiso activo del condenado en vez de una simple actitud de soportar las medidas coercitivas estatales. También en la ejecución penal se ha abandonado, entretanto, la idea de un tratamiento coercitivo, tal como se propagaba mucho internacionalmente todavía durante los primeros años de la Posguerra, tratamiento que debe ser la causa de algunos fracasos en la ejecución penal⁽²¹⁾. Y es que la mejor terapia carece de sentido cuando el delincuente se niega a ella. Los esfuerzos terapéuticos solamente pueden tener éxito cuando el prisionero libremente cooperase con el desarrollo resocializador de su personalidad. Por eso, también dice el art. 4, primer párrafo, de nuestra Ley de ejecución penal: “El prisionero coopera en la configuración de su tratamiento y en

(21) Al respecto, nuevamente –en relación con la ejecución penal– MÜLLER-DIETZ, “Strafzwecke und Vollzugsziel”, 1973, p. 9: “Si la (re) socialización presupone la cooperación del preso, no puede entonces razonablemente ser practicada sin o en contra de la voluntad de éste”.

la consecución del objetivo de la ejecución penal. Se debe hacer surgir y promover su disposición hacia ello". Entonces, el condenado, tal como lo muestran las mencionadas regulaciones, ya no es un mero objeto de la punición, sino recibe más y más la oportunidad de convertirse en sujeto y co-diseñador de la realización sancionadora. El proceso de la punición ya no es exclusivamente un dictado soberano; él contiene ahora muchas ofertas dirigidas a la propia iniciativa del delincuente y así se convierte en un apoyo para la autoayuda.

En esto hay, en primer lugar, un gran potencial preventivo-especial que transforma en lo esencial, el contenido de esta finalidad de la pena. Y es que cuando, p. ej., HEGEL criticaba a la finalidad de la pena de la prevención especial el que con ella se trate al ser humano como a un perro contra quien se levanta el palo⁽²²⁾, esto ya no se puede sostener cuando el autor, de manera autorresponsable, trabaja para sí mismo y para dar solución al conflicto social que ha generado su actuar. De esta manera, se le toma en serio como persona y recibe la sensación de poder, por su propio esfuerzo, dar un giro a su vida hacia algo mejor. Esto puede dar un impulso motivador a su resocialización, impulso que jamás podría obtener un delincuente sometido solamente al influjo estatal.

Pero también tiene favorables efectos preventivo-generales el compromiso de un delincuente que se haya esforzado por reconciliarse con la víctima, que emprenda todos los esfuerzos para la reparación del daño, que preste trabajos en interés de la generalidad o que se someta voluntariamente a una terapia social que exija una intervención muy personal. Y es que la generalidad ve en estas conductas que el delincuente busca retornar a la legalidad a través de acciones autorresponsables. Esto sirve a la paz jurídica, crea confianza y facilita la reinserción social del delincuente.

(22) HEGEL, en su discusión con Feuerbach. Ver "Grundlinien der Philosophie des Rechts", 1821, citado según MOLDENHAUER/ MICHEL (edits.), "Werke in 20 Bänden", Fráncfort del Meno, 1970, t. 7, p. 187 y ss.

VI. RESUMEN

Con ello llego al final de mi ponencia. Como resultado se tiene que la prevención especial y la prevención general, si bien dominan todavía en la teoría de los fines de la pena a través de los límites de la justa punición que es trazada mediante el principio de culpabilidad, no obstante, en la actualidad estos objetivos han encontrado un contenido mucho más rico y un campo de aplicación mucho más diferenciado que antes. Aquí se ha mostrado que, en contra de la tendencia del momento, a la prevención especial le sigue correspondiendo un papel central en la teoría de los fines de la pena, mientras que la prevención general que actualmente ha pasado a primer plano, si bien también es importante, para la teoría de los fines de la pena tal importancia se ve relativizada por el hecho de que sus métodos y su campo de acción se encuentran mayormente fuera del Derecho penal. Por cierto que en esta pequeña contribución solamente puedo esbozar, a muy grandes rasgos, mi concepción de una moderna teoría de los fines de la pena. Para su elaboración dentro de un amplio programa de política criminal se necesitaría una cooperación penal internacional y también la ayuda de otras disciplinas científicas. Pero si uno preguntara por los padres espirituales de los desarrollos que aquí se han expuesto y defendido, se tendría que nombrar, entre los primeros, a Heinz MÜLLER-DIETZ.

El injusto penal en el campo de tensiones entre la protección de bienes jurídicos y la libertad individual (*)



I. “El bien jurídico es la base reconocida de la estructura y de la interpretación de los tipos” decía Hans-Heinrich JESCHECK⁽¹⁾, el venerable homenajeado. A continuación voy a partir de esta frase sin tratar con más detalle el problema del concepto de bien jurídico⁽²⁾. En el marco de esta contribución voy a dejar abierta la cuestión de cómo debería definirse el concepto de bien jurídico, de si podría servir, criticando a la legislación vigente, para apoyar exigencias de política criminal, y si también existi-

(*) Título original en alemán: “Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit”, publicado en *ZStW* 116 (2004), número especial en homenaje a Hans-Heinrich Jescheck por su 90mo. cumpleaños. Esta constituye una versión reelaborada del trabajo inicial que, como conferencia, fue expuesta en Lima en noviembre de 2004. Esta primera versión fue traducida por el colega, amigo peruano y sanmarquino José Antonio Caro John con el título “Protección de bienes jurídicos y libertad individual en la encrucijada de la dogmática jurídico-penal” y ha sido publicada en la *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales* N° 5 (2004), p. 307 y ss. También hay una traducción autónoma del artículo realizada por Raúl Pariona Arana, y que fue publicado en eDial.com-Biblioteca Jurídica Online, Argentina junio 2006.

(1) JESCHECK/WEIGEND, “Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil”, 5ta. ed., 1996, p. 257.

(2) Proporcionan un muy buen panorama sobre la discusión actual HEFENDEHL VON HIRSCH WOHLERS (edits.), “Die Rechtsgutstheorie”, 2003.

rían tipos que acaso no protegerían ningún bien jurídico⁽³⁾. Me limito a decir que, en todo caso, por regla general el injusto penal se presenta como una afección de bienes jurídicos, es decir, como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (p. ej., de la vida, la integridad corporal, el patrimonio o también un bien jurídico de la generalidad como la moneda o la administración de justicia). En esto se basa también el ordenamiento legislativo⁽⁴⁾, el cual en la parte general del Código penal clasifica los delitos, aunque no siempre de manera consecuente, según los diferentes bienes jurídicos protegidos.

El injusto penal como afección de bienes jurídicos suena como algo trivial y sobreentendido. Pero no lo es cuando se descubre que otras teorías influyentes, que van a ser analizadas más adelante, enfocan al injusto en el desvalor de la acción o una desobediencia a la validez normativa; es decir, precisamente renuncian al desvalor del resultado que se manifiesta en una afección de bienes jurídicos.

Del principio de bienes jurídicos se deriva, con cierta inevitabilidad, la teoría de la imputación objetiva, teoría a cuya moderna reanimación y desarrollo he contribuido, y la cual también es seguida por JESCHECK⁽⁵⁾. Y es que, si el Derecho penal quiere proteger bienes jurídicos contra afecciones realizadas por seres humanos, esto solamente es posible prohibiendo la creación de riesgos no permitidos para la existencia de los bienes jurídicos, y considerando como injusto penal, bajo la forma de afección a bienes jurídicos, la realización de tales riesgos en contra de la prohibición. Entonces, las acciones típicas son siempre afecciones de bienes jurídicos bajo la forma de la realización de un riesgo no permitido creado por los seres humanos.

(3) Estoy preparando un trabajo para responder a estas cuestiones, las que, en el marco del tema aquí tratado, carecen de importancia.

(4) Así también JESCHECK/WEIGEND, "Lehrbuch des Strafrechts", p. 259.

(5) Comp. mis primeros trabajos en el LH a Honig, 1970, p. 133 (publicado también en "Strafrechtliche Grundlagenprobleme", 1973, p. 123), así como en el LH a Gallas, 1973, p. 241. Sobre la toma de posición de Jescheck, comp. JESCHECK/WEIGEND, "Lehrbuch des Strafrechts" p. 259.

II. De ahí que la teoría de la imputación objetiva consiga volcar el principio de protección de bienes jurídicos a las categorías dogmáticas y sistemáticas de la teoría del injusto. Pero ella consigue aún mucho más que eso. También realiza la tarea central de todo Estado de Derecho: el equilibrio entre los intereses estatales de seguridad y los intereses individuales de libertad. Cuando prevalecieran los intereses de seguridad se presentará un riesgo no permitido que, en caso de su realización, llevará a la imputación del resultado típico. En cambio, si prevalecieran los intereses individuales de libertad, el riesgo estará permitido y la imputación del resultado quedará excluida incluso en caso de realizarse el riesgo. Esto se puede demostrar, de la manera más fácil, con el ejemplo del tráfico rodado. Por un lado, el tráfico de automóviles alberga un riesgo para la vida, la salud y los bienes. Por otro lado, una prohibición de conducir automóviles restringiría demasiado la libertad de movimiento y la calidad de vida del ser humano moderno. Bajo una ponderación de estos puntos de vista resulta que, hasta cierta medida (caracterizada por la observancia de las reglas de tráfico fijadas legalmente), tiene preponderancia el interés de la libertad individual de acción, pero también que el riesgo creado, que esté más allá de este límite, está prohibido, y que las consecuencias lesivas para el bien jurídico que deriven de la realización de tal riesgo serán imputadas al causante como acción típica.

Se puede tomar arbitrariamente cualquier otro ejemplo para demostrar lo mismo. Así, el Tribunal Federal Alemán (TFA), en una sentencia publicada hace pocos meses, se ha ocupado de la cuestión de si el médico de una clínica psiquiátrica habría cometido un homicidio culposo cuando hubiera permitido la salida sin vigilancia de un preso de alta peligrosidad, tras lo cual este había cometido varios asesinatos⁽⁶⁾. Aquí deben ponderarse, según las reglas de la imputación objetiva, el interés de seguridad de la generalidad frente al derecho terapéutico del paciente. Dado que, en el caso concreto, habían muchos indicadores⁽⁷⁾ del carácter de riesgo

(6) He simplificado la descripción de los hechos. Más detalles en BGH StV 2004, p. 484, con comentarios de ROXIN, p. 485.

(7) Comp. sobre estos indicadores en particular, ROXIN, "Strafrecht, Allgemeiner Teil", t. 1, 3ra. ed., 1997, § 24, n. marg. 14-38 [en la 4ta. ed. (2006), § 24, n. marg. 14-40].

no-permitido que se corrió (la infracción contra disposiciones legales y la no-intervención del principio de confianza frente a una reconocible inclinación hacia el hecho), deben imputarse al médico, como homicidios culposos, los asesinatos cometidos por el paciente.

La categoría central del injusto penal no es, entonces, como se había creído durante mucho tiempo, la causación del resultado o la finalidad de la acción humana, sino la realización de un riesgo no permitido. La causalidad constituye solamente una condición necesaria, pero no suficiente del injusto penal. Y esto solamente es así después de reconocer una causalidad de la omisión; en caso contrario, esta categoría se tendría que limitar a los delitos de comisión. Por el contrario, la finalidad solamente es un elemento del injusto doloso y no de todo injusto. Y esto solamente es válido tras equiparar dolo con finalidad, lo cual puede dudarse en algunas formas de aparición del *dolus eventualis*.

Al entender el injusto como afección de bienes jurídicos a través de la realización de un riesgo no permitido se lleva a cabo, al mismo tiempo, un giro de lo óntico hacia lo normativo. La causalidad y la finalidad son categorías del ser que, desde la perspectiva de las teorías que se basan en ellas, decidirían, por sí solas, lo que, por ejemplo, es un homicidio, un daño o una lesión. Pero si se parte de la concepción aquí desarrollada, si bien todo “matar” –para quedarnos con este ejemplo– presupone un sustrato empírico, el que la causación de una muerte sea una “acción de matar” tiene que decidirse, a continuación, de manera normativa analizando si se ha respetado o infringido el riesgo permitido.

Y no solamente en la fijación del riesgo permitido, llevada a cabo ponderando valores, puede verificarse una normativización, sino también en el hecho de que la realización del riesgo no permitido no es ningún suceso meramente fáctico, sino depende del fin de protección de la norma de cuidado que delimita el riesgo permitido. Cuando, por ejemplo, un conductor ha manejado demasiado rápido pero luego ha reducido su velocidad al valor permitido, y si en ese momento atropellara de manera objetivamente inevitable a un niño que repentinamente ha aparecido saltando detrás de un auto estacionado, esto es una tragedia pero no una acción de lesión. Y es que, si bien el conductor había sobrepasado el riesgo permitido, y aun

cuando no se hubiera producido el accidente si no se hubiese presentado la infracción de tal riesgo (al respetar continuamente la velocidad permitida el conductor todavía no hubiera llegado al lugar en el que el niño saltó a la pista), el fin de protección de los límites de velocidad excluye pese a todo una imputación del resultado. El límite de velocidad no está destinado a impedir que los autos pasen con una velocidad correcta por un lugar de accidentes en el momento de los hechos. Más bien, quiere prevenir las escasas posibilidades de maniobras de desvío y la mayor violencia del choque ante una colisión que trae consigo el conducir a excesiva velocidad en tales casos. En mi ejemplo no existían estos peligros, de manera que debe rechazarse la tipicidad objetiva de una lesión corporal.

Aquí no puedo entrar en más detalles⁽⁸⁾, pero ya mis pocas explicaciones deben haber mostrado que la teoría de la imputación objetiva está vinculada, de manera inmediata, con el principio de protección de bienes jurídicos, que esta teoría aclara de manera racional la medida de esta protección a través de un conjunto sutil de reglas y que se limita a lo necesario por política social. Luego, en la constitución del injusto penal, esta teoría rinde mucho más que categorías ontológicas y valorativamente ciegas, como la causalidad y la finalidad. Cuando SCHROEDER⁽⁹⁾ recientemente afirma que habría sido “la teoría de la imputación objetiva, la que ha ocupado el lugar de la teoría final de la acción, tanto en lo relacionado con su importancia fundamental como también por la atención que ha merecido en el extranjero”, esto no solamente tiene vigencia en cuanto a su resonancia internacional, sino también acierta objetivamente en destacar que la teoría de la imputación objetiva ha añadido una nueva dimensión a la teoría penal del injusto, pero recogiendo la determinación del injusto causal y final de las épocas precedentes.

Entonces, mi conclusión es que el injusto penal presupone la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico y que, sobre esta base, la teoría de la imputación objetiva fija el ámbito de lo penalmente prohibido ponderando

(8) Véase una exposición resumida de la teoría de la imputación objetiva en ROXIN, “Strafrecht. Allgemeiner Teil”, t. I, § 11, n. marg. 39 y ss. [4ta. ed., § 11, n. marg. 44 y ss.]

(9) SCHROEDER, LH a Androulakis, 2003, p. 651.

los particulares intereses de protección y de libertad. A continuación, voy a aclarar esto aún más analizando otras teorías del injusto.

III. Voy a comenzar con la teoría final de la acción en la versión moderada que le había dado su creador Hans WELZEL⁽¹⁰⁾ y tal como ha sido desarrollada hasta ahora, sobre todo, por su discípulo HIRSCH⁽¹¹⁾. Hablo de un “finalismo moderado” porque ambos autores, si bien otorgan una especial importancia, para el injusto penal, al desvalor de la acción que subyace en el objetivo que persigue el autor, se aferran a un concepto de bien jurídico⁽¹²⁾ –aunque sin otorgarle un carácter crítico para la legislación vigente– y toman al desvalor de la acción y al desvalor del resultado (o sea, la afección del bien jurídico), por igual, como presupuestos del injusto. WELZEL⁽¹³⁾ dice: “Es tarea del Derecho penal la protección de bienes jurídicos a través de la protección de los valores ético-sociales del actuar”. Ciertamente, él opina⁽¹⁴⁾ que “a través del aseguramiento de los valores ético-sociales elementales del actuar” se podría “garantizar de manera más profunda y fuerte la protección de bienes jurídicos que a través de la sola idea de la protección de bienes”. Pero la mayor importancia que se otorga con ello al desvalor de la acción solamente es aparente, pues, en última instancia, para WELZEL, la prohibición de determinadas acciones finales solamente es un medio para llegar al fin de la protección de bienes jurídicos. También HIRSCH⁽¹⁵⁾ manifiesta que sería “realizable y necesario” un concepto de Derecho positivo del bien jurídico (o sea, uno que renuncie a criticar la legislación).

Pero la escuela de WELZEL no ha conseguido vincular, de manera apropiada, el desvalor de la acción y el desvalor del resultado, así como

(10) La teoría de WELZEL, en su forma definitiva, es resumida en “Das deutsche Strafrecht”, 11ra. ed., 1969.

(11) Aquí me refiero, en primera línea, a los tres últimos trabajos de HIRSCH en el LH a Lencner (1998, p. 119), el LH a Spinellis (2001, p. 425) y el LH a Lampe (2003, p. 515).

(12) Comp. WELZEL (como en la nota 10), p. 1 y ss.; HIRSCH, LH a Spinellis, p. 436 y ss.

(13) WELZEL (como en la nota 10), p. 5.

(14) WELZEL (como en la nota 10), p. 4.

(15) HIRSCH, LH a Spinellis, p. 444.

tampoco ha logrado hacer comprensible la dimensión social del injusto limitando la protección de bienes jurídicos a impedir riesgos no permitidos. Al principio, WELZEL había visto este problema y había tratado de darle solución con ayuda del concepto de la adecuación social. Todavía en sus “Studien zum System des Strafrechts” [Estudios sobre el sistema del Derecho penal]⁽¹⁶⁾ decía: “Todos los conceptos penales típicos, incluyendo los llamados conceptos descriptivos como ‘matar’, ‘lesionar’, ‘dañar’, entre otros, no constituyen conceptos causales de lesiones causales al bien jurídico, sino (...) conceptos cuyo contenido de sentido resulta de su función dentro de un todo social...”. Sería un planteamiento erróneo de carácter fundamental el que la doctrina tradicional haya “reducido la acción típica a los casos de producción causal y que haga comenzar el mundo del significado jurídico-social (...) recién con la cuestión de la antijuricidad”⁽¹⁷⁾.

En consecuencia, aquellos hechos que no constituyan ningún riesgo jurídicamente relevante o que representen un riesgo permitido tendrían que haber podido excluirse del tipo por ser socialmente adecuados; y así es como efectivamente, al principio, WELZEL había dado solución a tales casos⁽¹⁸⁾. Solamente hubiera faltado con desmenuzar el difuso concepto de la adecuación social y colocar las partes dentro de los criterios precisos de la imputación objetiva para integrar, dentro de una moderna teoría del injusto, la relación conflictiva entre los intereses de protección y de libertad. Por eso CANCIO MELIÁ se opone, con razón⁽¹⁹⁾, a la tesis de que “las conclusiones de la teoría final de la acción no sean compatibles con la imputación objetiva”. Se encontraría “en el concepto de la adecuación social incluso el planteamiento para el desarrollo de una teoría de la imputación objetiva”. Ya antes⁽²⁰⁾, yo mismo también había calificado la mayoría de las formas de aparición de conductas adecuadas socialmente como casos de una falta de imputabilidad objetiva.

(16) WELZEL, *ZStW* 58 (1939), p. 528.

(17) WELZEL, *ZStW* 58 (1939), p. 516.

(18) Comp. CANCIO MELIÁ, *GA* 1995, p. 179; ROXIN, LH para Androulakis, 2003, p. 633.

(19) CANCIO MELIÁ, *GA* 1995, p. 180.

(20) ROXIN, LH a Klug, t. II, 1983, p. 303.

Pero en la Posguerra, WELZEL abandonó esta vía del finalismo “social” y cambió el curso hacia una finalidad de “las leyes del ser”, la cual solamente abarcaba la sobredeterminación de cursos causales sin considerar valoración alguna. A partir de entonces, la finalidad era para él “un concepto ontológico tan igual como la causalidad”⁽²¹⁾ y –decía– habría sido posible “desarrollar toda la teoría de la acción final” ya a partir del fenómeno constatado en el momento en que “el primer hombre utilizó una piedra como instrumento”. Apenas puede expresarse de una manera más clara la exclusión de todo el mundo social del tipo objetivo, y por tanto tampoco sorprende que la adecuación social hubiera sido vista durante diez años solamente como causa de justificación⁽²²⁾, y que, incluso después de reintegrarse en el tipo dentro del sistema de WELZEL, no hubiera vuelto a tener mayor importancia.

El caso poco realista, aunque teóricamente ilustrativo, de que alguien “envíe al bosque a otro ante una tormenta inminente esperando que éste sea alcanzado por un rayo” era solucionado ahora por WELZEL⁽²³⁾ admitiendo la tipicidad objetiva (reducida a la pura causalidad) del homicidio, pero afirmando que faltaría el dolo del autor pues solamente se habría presentado una esperanza o un deseo de algo, mas no una voluntad de realización. Pero en realidad ya se había completado el tipo objetivo, tal como el mismo WELZEL había reconocido en su fase de finalismo social cuando rechazaba un homicidio por la adecuación social de la conducta del autor⁽²⁴⁾. Esto era menos erróneo que su solución posterior. Pero la fundamentación más exacta hubiera tenido que decir que el actor no había creado ningún riesgo jurídicamente relevante y que, por ese motivo, el resultado no le sería imputable a él como una acción de homicidio.

WELZEL también vio ciertamente el problema en el riesgo permitido pero, después de reducir el tipo objetivo a la causalidad, ya no pudo tra-

(21) WELZEL, “Um die finale Handlungslehre”, 1959, p. 7.

(22) WELZEL, “Das Deutsche Strafrecht”, de la 4ta. ed. (1954) hasta la 8va. ed. (1963).

(23) WELZEL (como en la nota 10), p. 66.

(24) WELZEL (como en la nota 16), p. 517. Al respecto, CANCIO MELIÁ, *GA* 1995, p. 179 y ss.

bajarlo dogmáticamente. Así, dice él⁽²⁵⁾, en relación con el tráfico rodado, con cuyo ejemplo he explicado más arriba la idea fundamental de la imputación objetiva: “El Derecho penal ofrece protección a los bienes jurídicos ante posibles lesiones; sin embargo no lo hace de manera absoluta, pues todo bien jurídico tiene que ser empleado todos los días de la vida social y, con ello hasta cierto punto, tiene que ser puesto en peligro (irecuérdese solamente el apreciable grado de peligro no prohibido que la vida corre bajo el tráfico moderno!)”. Este es el entendimiento correcto. Pero su formulación en conceptos jurídicos solamente hubiera sido posible con ayuda de la teoría de la imputación objetiva que WELZEL todavía desconocía.

Y hasta el día de hoy presenta esta carencia el finalismo seguidor de la tradición welzeliana. HIRSCH, el más destacado defensor de esta línea, después de rechazar totalmente al principio la teoría de la imputación objetiva⁽²⁶⁾, ha reconocido en sus últimos trabajos⁽²⁷⁾ que esta concepción determina de manera acertada la magnitud de la protección de los bienes jurídicos en la imprudencia. Ahora dice: “En los delitos imprudentes, en lo referido a la relación de condicionalidad entre acción y resultado, la teoría de la imputación objetiva tiene un campo de aplicación justificado”⁽²⁸⁾. En su más reciente opinión⁽²⁹⁾ describe de manera acertada el moderno desarrollo de la teoría de la imputación: “En lo referido a la relación de antijuricidad en los delitos imprudentes (...) la teoría de ROXIN se acopla (...) también, como concepto de imputación, al sistema welzeliano”.

En los delitos dolosos⁽³⁰⁾, por cierto, HIRSCH sigue sin admitir la imputación objetiva. Ciertamente, para la solución del “caso de la tormenta”,

(25) WELZEL (como en la nota 10), p. 5.

(26) JAKOBS escribe en el LH a Hirsch (1999, p. 45, con referencias bibliográficas) que HIRSCH consideraría esta teoría “falsa, en una parte, y superflua, en el resto”.

(27) HIRSCH, LH a Lenckner, p. 119; el mismo autor en LH a Lampe, p. 515.

(28) HIRSCH, LH a Lampe, p. 523.

(29) HIRSCH, *ZStW* 116 (2004), p. 1, 9.

(30) Comp. sobre este tema, desde la perspectiva finalista, Armin KAUFMANN, LH a Jescheck, t. I, 1985, p. 251; críticamente al respecto, ROXIN, Libro-Commemorativo a Armin Kaufmann, 1989, p. 237.

tratado por WELZEL y ya mencionado arriba, HIRSCH ya no niega el dolo sino niega que se hubiera presentado una acción de tentativa⁽³¹⁾. “La razón de esto –dice él– está en que la acción exige el dominio del curso causal que aquélla incluye. Si se dejara la producción concreta del resultado al azar situado fuera del poder de dirección del autor, entonces no se presenta, desde el principio, una acción dirigida a la realización del resultado”. Pero este déficit de dirección –de la forma como lo expone HIRSCH– no es consecuencia de una falta de finalidad, sino solamente consecuencia de la mínima peligrosidad objetiva de la acción del autor, lo cual excluye ya una imputación del resultado al tipo objetivo⁽³²⁾.

De todo esto resulta que un finalismo fundado en la protección de bienes jurídicos y, en este sentido, de corte moderado, solamente podría desarrollar una fructífera teoría del injusto si recogiera el equilibrio de intereses sociales en el cual se basa toda prohibición, y si lo trabajara con ayuda de la teoría de la imputación objetiva. Para ello existían desde el principio, y todavía existen, algunos planteamientos dentro del marco del finalismo. Pero ellos fueron opacados por la obsesión en una estructura finalista ontológica y nunca pudieron desplegarse plenamente. Aquí está la razón de la caída del finalismo en la moderna dogmática penal.

IV. Una orientación subjetivo-monista⁽³³⁾ de la teoría final de la acción ve el injusto de los delitos dolosos e imprudentes únicamente en el desvalor de la acción y niega importancia, para el injusto, a la producción efectiva de la afección al bien jurídico. Ella se remonta a Armin KAUFMANN⁽³⁴⁾ y fue continuada después sobre todo por sus discípulos ZIELINSKI⁽³⁵⁾ y

(31) HIRSCH, LH a Lenckner, p. 135 (ver también aquí las citas que vienen enseguida).

(32) La “insostenibilidad de la crítica finalista” es expuesta detalladamente por FRISCH en el LH a Roxin, 2001, p. 213, 216 y ss.; el mismo autor en GA 2003, p. 719, 731 y ss.: “La crítica de los finalistas a la imputación objetiva no merece aplauso”. Comp. también SCHÜNEMANN, GA 1998, p. 207, 227 y ss.

(33) Recojo aquí la expresión de HIRSCH, LH a Lampe, p. 521, nota 23.

(34) Así compárese solamente su trabajo en el LH a WELZEL, 1974, p. 393.

(35) ZIELINSKI, “Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff”, 1973.

SANCINETTI⁽³⁶⁾. Con esta orientación, en el delito doloso, se llega a afirmar que el hecho habría concluido con la tentativa acabada (de manera más exacta: “cuando el autor hubiera asumido la posibilidad de perder el control para impedir la consumación”)⁽³⁷⁾. Luego, se ve “en el final de la tentativa también el final del hecho punible”⁽³⁸⁾. En los delitos culposos importa solamente la conducta defectuosa del autor (el desvalor de la acción), mientras que el resultado queda fuera del injusto. “El injusto del delito imprudente, –dice Armin KAUFMANN⁽³⁹⁾–, es fundamentado solamente a través de la presencia de la lesión del cuidado y la falta de causas de justificación... La producción del resultado no es una condición necesaria (...) de la tipicidad o de la antijuricidad, sino una condición de punibilidad”. Esta doctrina significa una radicalización de la concepción finalista, pues convierte al desvalor de la acción, descubierto por el finalismo, en el único pilar del injusto. En esto se formula una posición opuesta a la concepción aquí defendida: el delito es entendido como infracción de la norma y no como afección de bienes jurídicos. Así, deviene superflua una teoría de la imputación objetiva, pues no hay resultados que imputar.

Esta orientación subjetivo-monista no ha podido imponerse en Alemania⁽⁴⁰⁾. Incluso un finalista como HIRSCH la califica de Derecho penal de la actitud interna, contrario al Estado de Derecho⁽⁴¹⁾. Esto es exagerado ya

(36) SANCINETTI, “Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch”, 1995. Para una introducción en los postulados de SANCINETTI es muy apropiada su obra en edición bilingüe (alemán y español) “Dogmatik der Straftat und Strafgesetz” [Dogmática del hecho punible y ley penal], 2003.

(37) SANCINETTI, “Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch”, 1995, p. 281.

(38) SANCINETTI (como en la nota 37), p. 282.

(39) Armin KAUFMANN, LH a Jescheck, p. 410 y ss.

(40) La crítica más minuciosa proviene de MYLONOPOULOS en “Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgswert im Strafrecht”, 1981. Más refs. sobre las voces contrarias (entre las que se encuentra JAKOBS), en ROXIN, Allg. Teil I, § 10, n. marg. 88 y ss. (96, nota 141) [4ta. ed., *ibidem* (n. marg. 96, nota 145)]. Rechazando rotundamente esta teoría también JESCHECK/WEIGEND, Allg. Teil, p. 239 y ss., en donde se cita una serie de otros seguidores de la orientación subjetivo-monista.

(41) HIRSCH, LH a Lüderssen, 2002, pp. 253 y 257; el mismo autor, LH a Lampe, p. 521.

que, después de todo, en el desvalor de la acción se manifiesta una lesión a la norma; y eso es más que una simple manifestación de la actitud interna. Por lo demás, la relación de esta concepción con nuestro tema, así como la importancia científica de sus defensores justifican que sea analizada.

La concepción subjetivo-monista se apoya, sobre todo, en dos argumentos. En primer lugar, el Derecho no estaría en capacidad de prohibir resultados sino solamente acciones; y en segundo lugar, el centrarse en el resultado implicaría una inaceptable responsabilidad por el azar, porque no dependería del autor el que una tentativa acabada o una conducta imprudente lleven a la afcción de un bien jurídico. Sin embargo, ambos argumentos no son sólidos. Y es que si bien uno no puede prohibir resultados como acontecimientos puramente causales, sí puede hacerlo en el sentido de la realización de riesgos no permitidos. Se corresponde con el uso idiomático común que, por ejemplo, se prohíba matar y no solamente las acciones dirigidas a matar o las que sean idóneas para su producción imprudente. Y el resultado tampoco es una casualidad, sino obra del autor cuando su realización armonizarse con las reglas de la imputación objetiva. Por cierto que sí es correcto que el resultado pueda no producirse de manera más o menos casual en la tentativa frustrada y en la imprudencia sin resultado. Pero esto no obliga al legislador a penar estos casos de igual manera que cuando se produce el resultado.

La crítica decisiva contra la teoría subjetivo-monista le reprocha colocar el injusto penal únicamente en la representación del autor –que posiblemente sea incluso errónea–, desconectándolo por completo de su dimensión social y del equilibrio entre intereses de protección e intereses de libertad. Si, por ejemplo, más allá de los delitos de peligro se tratara toda imprudencia carente de resultados de igual manera que los homicidios o lesiones imprudentes verdaderamente realizados, esto llevaría a una sobrecriminalización que restringiría la libertad de los ciudadanos en una medida mayor de lo socialmente necesario. Y, en contra de lo que quiere esta concepción radicalmente subjetiva del injusto, tampoco se tendrá necesariamente que penar la tentativa acabada como hecho consumado sino se deberá conceder al legislador, tal como ha hecho el Código penal alemán (art. 23, segundo párrafo StGB), el derecho a prescribir una

atenuación facultativa de la pena (en tanto la tentativa sea en absoluto punible). Y es que a menudo una tentativa acabada se frustra debido a que tiene una menor energía criminal en relación con una ejecución exitosa. Además, por sus efectos sociales es algo esencialmente diferente que –en el ejemplo de los delitos contra la vida– un ser humano muerto sea el resultado de la acción del autor o que tal perjuicio no se produzca. Con razón, dice MYLONOPOULUS⁽⁴²⁾, en relación con la doctrina aquí criticada: “una acción es recién accesible a una valoración penal cuando pueda ser evaluada en el espacio social en cuanto a su sentido social”. Y, en el mismo contexto, JAKOBS⁽⁴³⁾ enfatiza: “Lo que importa no es la significación individual sino la significación social de la conducta, y ésta no puede leerse en la cabeza del autor”.

Precisamente SANCINETTI, en la actualidad probablemente el más decidido defensor de una concepción subjetivista del injusto, muestra, en su última publicación, lo atinado de estas objeciones. Allí, si bien él considera la posibilidad⁽⁴⁴⁾, consecuente con su teoría, de convertir “todas las posibles formas de imprudencia en tipos dolosos de peligro abstracto”, declara a continuación que, por razones del principio de proporcionalidad y de última ratio, sí tiene sentido hacer que la punición de la imprudencia dependa de la producción del resultado, “por la enorme injerencia que cobraría el Estado si –sin la producción de un resultado– pudiera indagar por cada posible conducta imprudente del ciudadano...”. A través de la limitación de la punibilidad a la producción del resultado “se obtiene como beneficio que el Estado no tome injerencia en un número infinito de acciones de la vida cotidiana, asfixiando al ciudadano”.

Aquí, en contra del punto de partida de la propia doctrina de SANCINETTI, se reconoce la relación de tensión que existe entre la protección de bienes jurídicos y la libertad individual (relación sobre la cual está construida mi

(42) MYLONOPOULOS (como en la nota 40), p. 129.

(43) JAKOBS, “Strafrecht, AT”, 2da. ed., 1991, cap. 6, n. marg. 73.

(44) SANCINETTI, “Dogmatik der Straftat und Strafgesetz”, 2003, pp. 135, 137 [n. d. t.: el texto citado es una edición bilingüe; la traducción cita las páginas que corresponden al texto en castellano].

propia teoría) y se la toma como base de la decisión. Ciertamente, SANCINETTI cree poder sostener la teoría subjetivista del injusto atribuyendo a la producción del resultado en la imprudencia una función “selectiva” y no una función “constitutiva”. Pero, en realidad, se ve que no es seriamente realizable una teoría del injusto que renuncie a la afectación de bienes jurídicos. Tampoco es eso posible bajo la forma de considerar al resultado, en los delitos imprudentes o en la tentativa acabada, como condición objetiva de punibilidad. Y es que, de cualquier modo, el resultado tiene que poder ser imputable al autor como acción típica consumada de homicidio, lesiones o cualquier otra; y eso solamente es posible en una categoría sistemática del injusto.

V. Para finalizar quiero decir todavía algunas palabras sobre la teoría del injusto de JAKOBS. Este autor se acerca a la concepción aquí defendida porque, a diferencia de las otras dos corrientes finalistas, no solamente incluye al resultado dentro del injusto sino también vincula acción y resultado según las reglas de la imputación objetiva⁽⁴⁵⁾ y, como ya ha sido señalado, otorga una importancia decisiva a la significación social de la conducta, la cual no se desprende solamente de la finalidad. Él dice que, en una correcta configuración del tipo, “la consumación (...) (habría sido) fijada con la lesión de un bien”⁽⁴⁶⁾.

Hasta aquí todo está bien y es correcto. Pero, ¿cómo se compagina esta teoría del injusto con la concepción de la pena de JAKOBS? Según esta última, el Derecho penal no debe proteger bienes jurídicos sino la vigencia de la norma⁽⁴⁷⁾. Si el hecho punible consistiera únicamente en que el autor desobedece la norma, de ello resultaría la consecuencia de que el injusto se tendría que agotar con el desvalor de la acción; luego, si JAKOBS hubiera sido consecuente en la realización de su teoría de los fines de la pena, hubiera tenido que seguir el concepto subjetivo-monista del injusto

(45) JAKOBS, “Strafrecht AT”, cap. 7, n. marg. 35 y ss.; en este contexto no importan las diferencias de detalle.

(46) JAKOBS, “Strafrecht AT”, cap. 6, n. marg. 73.

(47) Solamente remito aquí a la última exposición de esta concepción por JAKOBS en el LH a Saito, 2003, p. 17.

que defiende la escuela de Armin KAUFMANN. Y esta es también la tesis de SANCINETTI⁽⁴⁸⁾. Este autor habla de una “incongruencia que resulta de que, por un lado, es rechazada la teoría de lesión de bienes jurídicos –reemplazándola... por la desobediencia de la norma– y, simultáneamente, se toma como presupuesto del injusto consumado a la efectiva lesión de un objeto del bien jurídico”.

La tesis que sostiene que aquí se presentaría una contradicción –por lo menos aparente– en los fundamentos de la concepción jakobsiana de la pena, puede ser reforzada fácilmente mediante citas. Así, dice JAKOBS⁽⁴⁹⁾ que “el no-reconocimiento de la vigencia normativa” sería aquello “ante lo cual el Derecho penal (...) reacciona. Esto es, por lo tanto, el resultado específicamente penal”. “El no-reconocimiento de la vigencia normativa puede perfeccionarse sin que se presente un resultado delictivo exterior”. “Hablar de desvalor de la acción y desvalor del resultado” sería “inapropiado para comprender aquello que importa: el no-reconocimiento de la validez normativa a través de la expresión de sentido de una persona”. Si, como consecuencia de esto, el “resultado” de la acción punible consiste en el no-reconocimiento de la norma, esto podría ser suscrito también por cualquier representante de la teoría subjetivo-monista del injusto. Centrarse en tal resultado sería, dice SANCINETTI⁽⁵⁰⁾, “un puro cambio de denominación sin la más mínima modificación de contenido” frente a la teoría puramente subjetivista del injusto.

Por cierto que JAKOBS ha visto claramente la dificultad que se presenta, en este punto, para la consistencia de su concepción y trata de eludirla exigiendo, para la desobediencia de la vigencia normativa que constituiría el hecho punible, una “objetivización” en el sentido de una “significación” suficiente. El “no-reconocer la validez de la norma” necesitaría “siempre una objetivización como suceso comunicativo...”⁽⁵¹⁾. Sería necesario “un

(48) SANCINETTI (como en la nota 37), p. 19.

(49) Las tres citas provienen de JAKOBS, “Der strafrechtliche Handlungsbegriff”, 1992, p. 34 y ss.

(50) SANCINETTI (como en la nota 37), p. 22.

(51) JAKOBS, LH a Saito, p. 35.

acontecimiento significativo para el quebrantamiento de la norma⁽⁵²⁾, y en esto “el hecho consumado (tendría) necesariamente más significancia” en relación con el hecho intentado (...) como consecuencia de la lesión de bienes; “Hasta ahora no se ha fundamentado por qué precisamente esta circunstancia deba ser irrelevante para el injusto, en tanto se trate de un injusto que presente un aspecto externo”.

Pero a mí me parece dudoso que esto sea compatible con el punto de partida de JAKOBS que reemplaza la protección de bienes jurídicos con la protección de la vigencia de normas. Naturalmente, es correcto que una desobediencia a la norma como algo puramente interno deba ser irrelevante para el Derecho penal, cualquier otra opción implicaría un Derecho penal de la actitud interna. Pero ya el desvalor de la acción es una objetivización que podría regir como un injusto completo si éste solamente existiera como quebrantamiento de la norma. Por otro lado, si en los hechos consumados, por regla general, solo una imputable “lesión de bienes” es un “acontecimiento significativo para el quebrantamiento de la norma”, entonces el injusto, en realidad, sí consiste en una afección de bienes jurídicos, y la tesis de JAKOBS de que el Derecho penal protegería la “vigencia de la norma” y no “bienes jurídicos” no sería más que una discusión sobre términos.

Sin embargo, la supresión de la afección de bienes jurídicos, que en los delitos consumados solamente es posible de manera muy rebuscada mediante la reinterpretación de la lesión como condición para la significancia del quebrantamiento de la norma, vuelve a cobrar validez cuando JAKOBS trata de explicar la tentativa. “El fundamento penal de la tentativa” es, para él, “el que un quebrantamiento de la norma se convierta en una forma de expresión⁽⁵³⁾”. “Así como... el delito no es, de manera primaria, el lesionar bienes, sino lesionar la vigencia de la norma, así la tentativa del delito tampoco puede, primariamente, ser comprendida a través de

(52) JAKOBS, “Strafrecht AT”, cap. 6, n. marg. 73.

(53) JAKOBS, “Strafrecht AT”, cap. 25, n. marg. 21.

la puesta en peligro de bienes, sino a través de la vigencia lesionada de la norma”, afirma JAKOBS⁽⁵⁴⁾, para quien “el fundamento de la tentativa ... es exactamente el mismo que el de la consumación”. La tentativa y la consumación significan, entonces, por igual “un ataque perfecto a la vigencia de la norma”⁽⁵⁵⁾.

Esta concepción resulta demasiado subjetivista para quien tome como núcleo del injusto a la afección de bienes jurídicos, tal como sucede con la opinión aquí defendida. Yo veo el fundamento penal de la tentativa, en primer lugar, en la puesta en peligro de bienes jurídicos⁽⁵⁶⁾. De esta manera puede comprenderse, como una escala según la magnitud del injusto, la escala legal entre la pena plena por consumación, la punición atenuada por tentativa y la impunidad de los actos preparatorios, mientras que esto no llega a ser explicable al postular un injusto totalmente idéntico. Cuando JAKOBS califica a la tentativa como el “quebrantamiento expresivo y cercano al tipo de la norma”⁽⁵⁷⁾, la exigencia adicional de una cercanía al tipo puede bien estar objetivamente justificada, pero la cercanía al tipo no designa otra cosa que la aguda puesta en peligro del bien jurídico protegido y, con ello, va más allá de la mera expresividad del quebrantamiento a la norma. Con esto se muestra aquí también una oscilación entre fundamentación objetiva y subjetiva del injusto que ya se había visto en el delito consumado.

Con el principio aquí defendido de la puesta en peligro de bienes jurídicos –una forma de afección menor del bien jurídico– se puede también explicar la tentativa inidónea. Y es que también esta (desde una correcta perspectiva ex-ante) es por regla general peligrosa⁽⁵⁸⁾. Cuando un ordenamiento jurídico castiga, incluso más allá de esto, aquella tentativa que, desde el principio, era inocua (tal como hace el Código penal

(54) JAKOBS, “Strafrecht AT”, cap. 25, n. marg. 15.

(55) JAKOBS, “Strafrecht AT”, cap. 25, n. marg. 17.

(56) Comp. al respecto, detalladamente, ROXIN, “Strafrecht AT”, t. II, 2003, § 29, n. marg. 9 y ss.

(57) JAKOBS, “Strafrecht AT”, cap. 25, n. marg. 21.

(58) Más detalles al respecto en HIRSCH, LH a Roxin, 2001, p. 711.

alemán, aunque de forma restringida⁽⁵⁹⁾), esto es una anomalía que no puede ser compatible con el principio de protección de bienes jurídicos y que debe ser derogada⁽⁶⁰⁾.

La cuestión de si el injusto penal es o no una afección de bienes jurídicos también influye en el problema del llamado conocimiento especial⁽⁶¹⁾. JAKOBS⁽⁶²⁾ construye el caso de que “un estudiante de biología que trabaja como mozo ayudante y que, gracias a los conocimientos adquiridos en sus estudios universitarios, descubre una fruta venenosa en una ensalada exótica, pero que a pesar de todo sirve la ensalada”. ¿El estudiante habría cometido un homicidio doloso cuando el comensal hubiera muerto a causa de la ensalada? Si se ve la tarea del Derecho penal en la protección de bienes jurídicos, no puede haber dudas de ello⁽⁶³⁾: el estudiante, al servir la ensalada venenosa ha creado un riesgo mortal para la vida del comensal, riesgo que además se ha realizado en el resultado. No obstante, JAKOBS admite un ataque a la vigencia de la norma, que para él es lo decisivo, solamente cuando alguien hubiera atentado contra las exigencias del rol social en el cual actúe. Dado que el estudiante de biología actúa como mozo, no tiene que aportar su conocimiento universitario a este rol, de manera que, según su concepción, no se presentaría ningún homicidio. Pero esta no me parece que sea una solución convincente⁽⁶⁴⁾. Y es que ya al observar los correspondientes tipos se muestra que el Derecho penal ve la protección de la vida humana como una de sus tareas principales. Si bien esta protección se ve restringida y concretada de manera socialmente

(59) Arts. 22 y 23, tercer párrafo, del StGB.

(60) También JESCHECK/WEIGEND (“Lehrbuch des Strafrechts”, p. 532) enfatizan que “en estos casos, en el fondo, debe negarse que exista una necesidad de pena”.

(61) Al respecto, sentando las bases, JAKOBS, LH a Armin Kaufmann, 1989, p. 270; GRECO, “Das Subjektive an der objektiven Zurechnung – über das ‘Problem’ des Sonderwissens” (próximamente en *ZStW* 117, 2005) [n. d. t.: el artículo apareció en el lugar indicado, p. 519 y ss.].

(62) JAKOBS, Libro Conmemorativo a Armin Kaufmann, p. 273.

(63) También JAKOBS lo ve así (como en la nota 61), p. 273.

(64) No es posible, en el reducido espacio disponible, analizar cada uno de los argumentos de JAKOBS. Pero esto se puede encontrar con todo detalle en GRECO (como en la nota 61).

apropiada por derechos reconocidos en situaciones de emergencia y reglas de imputación, no se entiende qué interés podría haber en no calificar como un homicidio doloso a aquel que hubiera ocurrido de manera totalmente innecesaria y que era fácilmente evitable.

VI. Con esto llego al final de mi ponencia. En conclusión, puedo afirmar que la protección de bienes jurídicos no solamente designa la tarea del Derecho penal, sino también domina la sistemática de su teoría del injusto. El Derecho penal protege al bien jurídico, en el marco del alcance de sus tipos, contra riesgos no permitidos. Por ello, la protección de bienes jurídicos y la teoría de la imputación objetiva son componentes indisolubles de una materia de prohibición que incluya procesos sociales de ponderación. Tal como debe haber mostrado mi análisis, aquellas teorías del injusto que consideren a la imputación objetiva como una teoría errónea, que limiten el injusto al desvalor de la acción, o que quieran renunciar por completo a la protección de bienes jurídicos, de todos modos tendrán que hacer considerables concesiones a la teoría aquí defendida y, a pesar de todo, seguirán siendo insuficientes en muchos aspectos.

Con esto culmino mi contribución saludando cariñosamente, por su 90mo. cumpleaños, a Hans-Heinrich JESCHECK, con quien he trabajado de manera fructífera durante décadas en el Consejo Consultivo especializado del Instituto Max Planck y en el gremio de editores de la ZStW (Revista de todas las Ciencias Penales). Él siempre ha sido para mí un modelo, en lo científico y como colega. Él es un pionero del Derecho penal internacional y del Derecho comparado, pero también un gran dogmático penal, lo que es demostrado no solamente por su representativo *Tratado de la parte general del Derecho penal*. En la Posguerra ha contribuido considerablemente a que la ciencia penal alemana recobre su validez internacional. El presente trabajo habrá, por lo demás, mostrado que me encuentro consciente de las coincidencias que tengo con él en cuestiones fundamentales y esenciales de la parte general de la doctrina penal. ¡Ad multos annos!

Observaciones a la "prohibición de regreso" (*)



I. LAS TEORÍAS ANTIGUAS

La teoría de la prohibición de regreso dice que es impune la cooperación culposa en una realización dolosa y plenamente responsable del tipo: según esta teoría, no responde penalmente por homicidio culposo quien deja por ahí un revólver cargado o un cuchillo, con los cuales alguien mata dolosamente a otro. Si se me permite dilucidar esta idea con ayuda de algunas conocidas sentencias, tampoco sería culpable de homicidio culposo, bajo una prohibición de regreso irrestricta, quien hubiera hecho construir "un departamento gravemente expuesto al fuego", cuyos ocupantes resultan después víctimas de un incendio doloso (RG, s. penal, t. 61, p. 318 y ss.). También sería impune la amante de un hombre casado que, bajo circunstancias sospechosas, procura veneno a este, con el cual mata a su esposa (RG, s. penal, t. 64, p. 370 y ss.), o quien "a través de expresiones no meditadas sobre lo 'deseable' que sería un incendio, anima a su interlocutor a cometer el incendio" (en este sentido la sentencia suiza BGE 105

(*) N. d. t.: artículo publicado en el "Festschrift für Herbert Tröndle", Berlín, 1989, pp. 177-200. Título original en alemán: "Bemerkungen zum Regreßverbot".

IV, p. 330 y ss.)⁽¹⁾. Esta doctrina tiene una antigua tradición, sin embargo, sus fundamentos originarios son hoy en día totalmente obsoletos⁽²⁾.

Anteriormente era muy defendida la concepción de que la relación causal se vería “interrumpida” por la intermediación de un autor que actúa dolosa y culpablemente. Pero ella no puede armonizar con la teoría de la equivalencia (ni tampoco con cualquier otro entendimiento de la causalidad), y ya ha sido rechazada por el Tribunal del Reich en las ejecutorias mencionadas (RG, s. penal, t. 61, p. 318 y ss.; t. 64, p. 370 y ss.): una relación de condiciones (así como cualquier otra relación causal) se da o no se da. Pero cuando se da (porque, p. ej., recién la conducta descuidada del primer actuante ha posibilitado el hecho doloso del segundo actuante), entonces, es imposible admitir mentalmente una “interrupción”.

El segundo argumento tradicional, según el cual se trataría de una participación impune debido a que el legislador solamente habría querido penar la participación dolosa como instigación o complicidad, presupone erróneamente que en los delitos culposos de resultado sería plenamente posible una diferenciación entre autoría y participación. Esto es incorrecto, pues los criterios de autoría (sea que se la vea solamente en el dominio del hecho o en la voluntad del autor), al igual que las definiciones legales de la instigación y de la complicidad (arts. 26, 27 StGB alemán), están hechos a la medida de los delitos dolosos y no pueden ser trasladadas a los hechos culposos. Tal como el propio tenor de la ley evidencia (arts. 222 [homicidio culposo], 230 [lesiones culposas] StGB alemán), el legislador sanciona penalmente, en delitos puros de resultado, la causación culposa como tal y no permite reconocer por ningún lado que quiera excluir de responsabilidad penal determinadas causaciones culposas bajo el punto de vista de la “participación”.

(1) La sentencia está impresa en la reciente monografía de WEHRLE sobre el tema, “Fahrlässige Beteiligung am Vorsatzdelikt - Regrebot?”, 1986, pp. 126 y ss.

(2) Por eso se puede renunciar a una exposición histórica más detallada; WEHRLE provee referencias bibliográficas provenientes de la literatura más antigua; ver nota 1.

El tercer argumento proviene de FRANK⁽³⁾, quien también ha acuñado el concepto de “prohibición de regreso”. Este autor encuentra un “reconocimiento positivo-jurídico” de la prohibición de regreso en el art. 26 [inducción] StGB, “pues en caso contrario el instigador sería simplemente un autor. Pero la peculiaridad de las condiciones previas excluidas del ámbito causal tiene que enfatizarse incluso en lo puramente psicológico: ellas solo pueden desarrollar su fuerza causal a través de la mediación de una voluntad humana, de cuyas decisiones depende el que aquellas sean transmitidas, es decir, de una circunstancia que se encuentra en aguda oposición con el naturalismo, tal como, p. ej., se presenta en el tiro efectuado por un jugador de billar con su taco. En este último caso, la causalidad es transmitida físicamente; en el primero psicológicamente”. Pero la suposición de que determinados tipos de causalidad (aquí: aquella que es transmitida psíquicamente) no puedan fundamentar una punibilidad se opone tanto a la teoría de la equivalencia como a la doctrina de la interrupción de la relación causal. Tampoco FRANK puede sostener siquiera su concepción de que una causalidad transmitida psíquicamente sería siempre impune (sin considerar a la instigación y, eventualmente, a la complicidad), al declarar que la teoría de la prohibición de regreso no sería aplicable en los autores inimputables o solamente imprudentes. Si se piensa que además de estos dos casos existe una forma de autoría autónoma y en la actualidad expresamente reconocida por el legislador (la autoría mediata, la cual es intermediada exclusivamente de manera psíquica), entonces ya desde la ley resulta insostenible la tesis de una incompatibilidad entre autoría y causalidad transmitida psíquicamente.

II. TEORÍAS RECIENTES

Pese a todo, la doctrina de la prohibición de regreso se aferra tercamente a la vida. Independientemente de que se hubiera reconocido plenamente la incorrección de las tres antiguas argumentaciones arriba esbozadas, también en los últimos tiempos se encuentran una y otra vez autores que

(3) “Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich”, 18^{ava} ed., 1931, pp. 15 y ss.

apoyan una prohibición de regreso. Solamente mencionaré a LAMPE⁽⁴⁾, NAUCKE⁽⁵⁾, WELP⁽⁶⁾, OTTO⁽⁷⁾ y, últimamente, de nuevo WEHRLE⁽⁸⁾. Las objeciones sobre una interrupción del nexo causal pueden ser fácilmente tomadas en cuenta, negando no la causalidad, sino solamente la relación de imputación. Entre los argumentos expuestos para ello escojamos solamente tres de los más recientes⁽⁹⁾.

1. El principio de la propia responsabilidad según WELP

WELP⁽¹⁰⁾ opina que el autor doloso que actúa de manera inmediata “bloquearía” al foráneo el “acceso” a una responsabilidad por el resultado. La posibilidad de influencia del partícipe se reduciría “a anteponer motivos como simple tentación distintos de la elección propia y responsable del autor principal”⁽¹¹⁾. La propia responsabilidad del autor doloso constituiría un “ámbito de responsabilidad” que sería “ajeno” para todos los extraños. “Incluso ante la mayor probabilidad de comisión del hecho nadie tiene que considerar que al actuar su sustrato mental o material

(4) “Täterschaft bei fahrlässiger Straftat”, *ZStW*, t. 71, 1959, p. 579 (611 y ss.).

(5) “Über das Regreßverbot im Strafrecht”, *ZStW*, t. 76, 1964, p. 409.

(6) “Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung”, 1968, pp. 274 y ss., 283 y ss., 299 y ss.

(7) Por primera vez en: “Kausaldiagnose und Erfolgzurechnung im Strafrecht”, *LH a Maurach*, 1972, p. 91.

(8) Igual que en la nota 1, pp. 81 y ss., y *passim* (en lugares diversos).

(9) LAMPE se basa mayormente en argumentos político-criminales y en la impunidad del hecho de posibilitar culposamente un suicidio; ambos serán tratados durante el curso de la exposición. NAUCKE (igual que en la nota 5, pp. 432 y ss.) se apoya, entre otras cosas, en el StGB prusiano de 1851, el cual habría declarado impune la participación culposa, y cuya decisión no habría querido modificar el StGB de 1871. Sin embargo, difícilmente puede deducirse algo del StGB prusiano de 1851 para el StGB en su versión actualmente vigente.

(10) El autor se ocupa en primer lugar de la cuestión sobre si una actuación culposa previa puede fundamentar una posición de garante por injerencia en el hecho doloso posterior. Sin embargo, después de negar esto, también deduce consecuentemente el rechazo de un hecho comisivo culposo y con ello admite la prohibición de regreso.

(11) Ver nota 6, p. 277.

podría ser abusado por otro para acciones criminales. Tal reducción de la libertad individual de actuar no solamente tendría proporciones inconmensurables, sino también sería injusta frente a los partícipes”. Entonces, el influjo no doloso en la libertad ajena sería, bajo cualquier circunstancia imaginable, “adecuado socialmente”⁽¹²⁾.

Pero con ello se sobrecarga al principio de la propia responsabilidad. Ciertamente es que de este principio se deriva que quien actúa de manera plenamente responsable no puede ser por sí mismo víctima de una imprudencia ajena, lo cual tiene gran trascendencia penal cuando se posibilitan “autolesiones” y “autopuestas en peligro”⁽¹³⁾. Sin embargo, esto no cambia para nada el hecho de que con respecto a la lesión de terceros pueden haber varios responsables, así sea incluso en la forma escalonada de culpabilidad dolosa y culposa. Ciertamente, quien posibilita culposamente un hecho doloso (al igual que también el inductor) no tiene que conculcar la libertad de decisión del actuante inmediato, pero sí puede crear, bajo ciertas circunstancias, un considerable peligro para la comisión del hecho. Y es esta creación no permitida del peligro la que, según los principios generales, desencadena la imputación del resultado al tipo objetivo y, con ello, la responsabilidad culposa. Para que esto no ocurra en los casos de la prohibición de regreso, se necesita un fundamento especial.

WELP provee este fundamento remitiéndose a la “adecuación social” de cada promoción no dolosa de hechos dolosos. No obstante, su tesis de que la facilitación no dolosa de acciones punibles sería adecuada socialmente “también en casos de la mayor probabilidad” y “bajo todas las circunstancias imaginables”, no deja de ser una afirmación sin prueba alguna, pese al énfasis que pone. Por cierto que es correcto que muchas motivaciones y promociones no dolosas para la realización del hecho son adecuadas socialmente (esto será tratado más abajo). Pero es insostenible la suposición de que esto tenga que ser así necesariamente. Si A pide un cuchillo con el que quiere acuchillar a B, y C se lo alcanza porque este despreocupadamente a fin de desenmascarar a A confía en que este último

(12) Ver nota 6, pp. 285 y ss.

(13) Comp. al respecto *infra* III, 1.

no se atreverá a hacerlo, lo cual no constituye una complicidad dolosa, sino solamente una culpa consciente. Pero, precisamente, tal conducta es extremadamente peligrosa, pues las decisiones de la voluntad humana son libres e impredecibles. No es comprensible por qué tenga que ser socialmente inadecuado, y constituir una injusta “reducción de la libertad individual de actuación”, el que se pretenda exigir que en tales situaciones el poseedor de un cuchillo se niegue a proporcionarlo.

Hay que agregar que WELP mismo rompe con su principio para el caso de que el actor no doloso ponga fuera de acción a garantes, rescata-dores u otras medidas de protección⁽¹⁴⁾. Entonces, cuando A sabe que su coinquilino está amenazado por un asalto, podrá hacerse punible cuando abre la puerta por un descuido (o no la vuelve a cerrar) y facilita así la entrada al autor. Pero cuando A descuidadamente revela el paradero de su coinquilino al actor ya decidido a cometer el hecho, pero sin haber conocido sus intenciones, una punición por culpa fracasaría debido a la prohibición de regreso. El tratamiento diferenciado estaría justificado por el hecho de que el favorecedor descuidado, en el segundo caso, influye en el hecho por intermedio de la voluntad libre del actor; mientras que en el primero, no. Pero esta distinción no fundamenta ninguna diferencia en la peligrosidad del primer actuante, y es esto lo que importa para la imputación. Además, no modifica ni un ápice la decisión volitiva del autor, el que el foráneo le haya facilitado descuidadamente el hecho procurándole un instrumento o eliminando un obstáculo.

2. El principio de la capacidad de dirección en OTTO

OTTO llega a la prohibición de regreso introduciendo la “capacidad de dirección” como criterio de imputación: “La capacidad de dirección del actuante originario termina donde otra persona –libre en sentido jurídico– configura los hechos conscientemente según sus propios planes o excluye al actuante previo del ámbito de influencia del riesgo”. Con seguridad, es aquí correcto que aquel que deja por ahí un revólver cargado o motiva a otro a la comisión de un delito a través de sus descuidadas palabras, no

(14) Ver nota 6, pp. 293 y ss.; al respecto WEHRLE, nota 1, pp. 78-80.

puede “dirigir” la conducta del actor doloso en la medida en que el accionar de este se basa en su libre decisión. Pero el concepto de capacidad de dirección es muy impreciso como para que sirva de criterio general de imputación⁽¹⁵⁾. Si se le entiende en el sentido de una evitabilidad del resultado⁽¹⁶⁾, uno tiene que decir que aquel que posibilita la comisión de un delito doloso mediante su descuido, habría podido evitar plenamente el resultado mediante una conducta cuidadosa. Quien, p. ej., procurara un veneno a aquel que reconociblemente muestra tendencias de querer matar a su esposa (RG, s. penal, t. 64, p. 370), o quien, a través de sus expresiones irreflexivas sobre lo deseable que sería un incendio, motiva a otro a incendiar (BGE 105 IV 330 y ss.) habría podido impedir indudablemente el resultado omitiendo estas acciones. Entonces, tal concepto de la capacidad de dirección no sostiene una prohibición de regreso.

Por otro lado, si se entiende el concepto de la “capacidad de dirección” como “capacidad objetiva de consecución final”, de manera tal que los cursos causales impredecibles, inadecuados, se opondan a una imputación del resultado⁽¹⁷⁾, entonces resulta que cursos causales como los ya expuestos a manera de ejemplo de ninguna manera quedan fuera de toda experiencia de vida y están por ello en el marco de lo “dirigible”⁽¹⁸⁾.

Así, si se quiere fundamentar la prohibición de regreso por ausencia de capacidad de dirección, solo queda la posibilidad de interpretar este

(15) Por lo demás, OTTO pretende penar al primer actuante en caso de una posición de garante frente al bien jurídico lesionado, pese a faltar una capacidad de dirección (comp.) “Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht”, *JuS* 1974, p. 702 y ss. (706). Puesto que esta problemática será tratada con más detenimiento en relación con la concepción de WEHRLE (*infra* II, 3), se prescinde aquí de una mayor explicación.

(16) Como se evidencia en las expresiones más tardías de OTTO, comp. *Grundkurs Strafrecht*, 2^{da} ed. 1982, p. 54: “Evitables son los resultados cuya producción o no-producción puede dirigir el autor a través de su intervención en los cursos causales de los hechos”.

(17) Sobre esto ROXIN, “Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht”, en *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, p. 123 y ss. (124). [N. d. t.: en español puede consultarse: *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Madrid, 1976, pp. 128 y ss.].

(18) Esto es injustamente negado por el Tribunal suizo en el caso arriba expuesto del incendio motivado por expresiones irreflexivas, basándose en la supuesta ausencia de “adecuación”; al respecto acertadamente WEHRLE, v. nota 1, pp. 38 y s. Más al respecto *infra*, V. 2.

concepto de tal manera que la capacidad de dirección falte cuando el curso de los acontecimientos ya no pueda ser dominado por el primer actuante después de haber colocado la causa portadora del peligro⁽¹⁹⁾. Sin embargo, no hay tal capacidad de dirección en caso de un hecho libre y doloso del segundo actuante. Pero ella tampoco se presenta cuando se acepta de manera general una imputación penal y se excluye una prohibición de regreso, a saber, en caso de una simple imprudencia del actor inmediato. El que alguien vaya a disparar dolosa o imprudentemente con el revólver cargado que A descuidadamente ha dejado en un lugar accesible al público, es en igual medida ingobernable para el propietario ausente. Efectivamente, una falta de capacidad de dirección en este sentido se presenta incluso frecuentemente cuando entre la primera causa y el resultado no interviene ninguna otra conducta humana: quien deja una resbalosa cáscara de plátano sobre la acera carece de toda “capacidad de dirección” frente a alguna rotura de pierna de un peatón que venga detrás.

Luego, no se puede cimentar una prohibición de regreso en un criterio de imputación de “capacidad de dirección”, pues según como se entienda este elemento, o bien se presenta también en la causación de una comisión dolosa de un delito, o bien falta también en los casos que indiscutiblemente no están sometidos a la prohibición de regreso.

3. El desnivel de injusto entre el dolo y la imprudencia en WEHRLE

WEHRLE⁽²⁰⁾ plantea la cuestión de si “el desnivel de injusto entre imprudencia y dolo, que rebaja la clasificación del primer actuante doloso, de autor mediato a partícipe, [no tendría que] llevar a la impunidad”. Él responde afirmativamente, pues la “valoración que se encuentra detrás de la exclusión de la autoría mediata... [obraría] en la imprudencia”. En otras palabras: si la provocación dolosa de hechos dolosos no es una autoría dolosa, sino “solo” participación, la provocación culposa de hechos dolosos

(19) La ausencia de capacidad de dominio es también para NAUCKE un punto de vista decisivo, ver nota 5, p. 428.

(20) Ver nota 1, p. 83.

tampoco debe ser penada como una autoría culposa, sino debe quedar impune debido a que los hechos culposos, después de todo, presentan un reducido merecimiento de pena. Aun cuando “el primer actuante no doloso... ante la notoriedad del hecho doloso, [fuera] groseramente no solidario frente al bien jurídico amenazado”, esto no fundamentaría una infracción del deber de cuidado.

No obstante, a esta argumentación se oponen dos cosas. En primer lugar, el legislador alemán no conoce, por lo menos en la relación entre autoría e inducción, nada parecido a una relación escalonada, sino somete ambas conductas al mismo marco penal. Se trata de distintos tipos de injusto, no de diferencias en cuanto a la magnitud de injusto o de culpabilidad, de tal manera que no puede deducirse ninguna conclusión en el sentido de que la falta de merecimiento de pena de la provocación culposa implique lo mismo para hechos punibles dolosos. Y, en segundo lugar, no pueden trasladarse total o parcialmente a conductas culposas los motivos que han llevado a diferenciar, en los hechos dolosos, la autoría, la inducción y la complicidad (la presencia o la ausencia de dominio del hecho y la compensación, determinante para medición de la pena, de la ausencia de dominio del hecho a través de la determinación dolosa al delito en la inducción). Si la complicidad es sancionada con menos pena que la autoría dolosa debido a la falta de dominio del hecho del cómplice, no puede deducirse de ello la falta de merecimiento de pena del “cómplice” culposo, pues el dominio del hecho no juega de todas maneras ningún papel en las conductas culposas, de tal manera que estas son sometidas con justicia al concepto unitario de autor. Cuando WEHRLE quiere equiparar a un primer actuante no doloso (incluso en caso de que fuera “groseramente no solidario” frente al bien jurídico amenazado) solamente en su contenido de injusto con los arts. 138 [omisión de denunciar hechos punibles] y 323c [omisión de auxilio] del StGB⁽²¹⁾, no toma en cuenta que los hechos culposos de comisión apenas tienen algo en común con auténticas omisiones dolosas y que p. ej. el marco penal del art. 138 es exactamente el mismo que el del art. 222 del StGB.

(21) Ver nota 1, p. 85.

Sin embargo, para juzgar la concepción de WEHRLE ni siquiera importa decisivamente todo esto, ya que él mismo escapa a la prohibición de regreso que postula, al quitarle vigencia en caso de una posición de garante del primer actuante. Así, pretende⁽²²⁾ hacer responder por un hecho culposo al garante-protector que se comportara descuidadamente, y en general también al garante-vigilante, incluso cuando se interponga un tercero que actúe dolosamente. La amante que ha adquirido un veneno poco corriente en el mercado y se lo entrega al marido ya decidido a asesinar debería, entonces, ser penada por homicidio culposo, pues no ha cuidado suficientemente la fuente de peligro “veneno”⁽²³⁾. “Quien procura a un tercero (el cual anuncia que dará un golpe)” un revólver, infringiendo el deber de cuidado, deberá responder como autor culposo de igual manera que “el propietario de un inmueble, quien, como garante, tiene que responder por que la casa dé seguridad a los bomberos” cuando el departamento sea incendiado dolosamente por otro (RG, s. penal, t. 61, p. 318 y ss.⁽²⁴⁾).

Esta idea, si es desarrollada consecuentemente, tendría que eliminar completamente la prohibición de regreso. Y es que, dado que una imputación de culpa naturalmente solo entraría en consideración cuando el primer actuante creara un peligro para el bien jurídico, la creación de este peligro, por constituir un hacer culposo precedente, tendría que llevar por lo menos siempre a una posición de garante por injerencia. WEHRLE quiere evitar este resultado explicando que “la construcción de la injerencia” permanecería “en caso de una prohibición de regreso sin la significación que fundamente una posición de garante”⁽²⁵⁾. Pero, a través de esto, las soluciones caen en la arbitrariedad, pues no es más que una *façon de parler* el juzgar bajo el punto de vista de la injerencia, la promoción que se haga al autor doloso a través del hacer accesible el veneno y el revólver, o de la construcción de un departamento expuesto al peligro de incendio, o el

(22) Siguiendo ampliamente a JAKOBS, *Strafrecht*, AT, 1983, cap. 24, n. marg. 19.

(23) Ver nota 1, pp. 107-108 (especialmente nota 82).

(24) Ver nota 1, pp. 108-109.

(25) Ver nota 1, p. 113.

que se vea en ello una creación y/o una falta de vigilancia de una fuente de peligro, que superen la prohibición de regreso.

Por lo demás, WEHRLE pretende, según mi entender, de entre los casos clásicos de la prohibición de regreso, dejar impunes solamente la causación de un incendio mediante un hablar descuidado sobre lo deseable que sería este (BGE 105 IV, 330 y ss.)⁽²⁶⁾. Pero, puesto que tales formas de expresarse son mucho más idóneas para motivar a cometer un incendio doloso que por ejemplo la construcción de un departamento expuesto al peligro de incendio (RG, s. penal, t. 61, p. 318 y ss.), es poco claro que el primer caso deba ser impune, mientras que el segundo sea punible. En todo caso, la prohibición de regreso pierde toda nitidez y también, ampliamente, su importancia práctica, cuando, en forma algo velada, en parte es priorizada y en parte postergada en relación con las posiciones de garante.

III. LA PROHIBICIÓN DE REGRESO COMO PROBLEMA DE LA TEORÍA GENERAL DE LA IMPUTACIÓN

Los intentos de introducir la prohibición de regreso como regla especial para una exclusión general de la imputación en los delitos culposos no han sido, entonces, muy exitosos. Tal criterio no puede ser fundamentado forzosamente, pero tampoco sus partidarios pueden siquiera sostenerlo de manera ilimitada. Sin embargo, ya las reglas reconocidas por la doctrina general de la imputación establecen que la cooperación no dolosa en hechos dolosos, en la mayoría de los casos, no puede ser imputada al tipo objetivo y es impune. Cuando Max Ernst MAYER⁽²⁷⁾ opinaba, con una frase muy citada⁽²⁸⁾, que la regla de la prohibición de regreso se vería “confirmada por la persistente corrección de las sentencias resultantes de ella”, y cuando la mayoría de sus partidarios invocan una

⁽²⁶⁾ Ver nota 1, pp. 84-85 (nota 45).

⁽²⁷⁾ “Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts”, 1915, p. 154.

⁽²⁸⁾ P. ej., todavía WELP lo invoca, ver nota 6, p. 286, mientras que NAUCKE, ver nota 5, pp. 421-422, expone la oración precisamente como ejemplo de las argumentaciones comunes, pero insuficientes de la doctrina antigua.

falta de necesidad de pena⁽²⁹⁾, podría estar fundado esto en un juicio correcto para la regla general, juicio que solo ha sido moldeado en la forma rígida de una prohibición general de regreso, debido a que todavía no había una teoría suficientemente elaborada de imputación objetiva.

Según la concepción actualmente dominante, la imputación al tipo objetivo presupone que en el resultado se realice un peligro no permitido creado por el autor (2) y que el impedir un resultado, como el que ha ocurrido, esté comprendido por el fin de protección del tipo (1). Si se parte de ello, resultan, en primer lugar, dos cosas para la cooperación no dolosa en un hecho punible ajeno:

1. La participación “culposa” en suicidios dolosos, autolesiones y autopuestas en peligro no es imputable al tipo objetivo, porque no es comprendida por el fin de protección de los arts. 222, 230 StGB⁽³⁰⁾. Esta limitación del fin de protección no se deriva de una prohibición de regreso de validez general, sino de una decisión valorativa del legislador, la cual se manifiesta en la impunidad de la participación en un suicidio decidido responsablemente por la víctima [N. d. T.: el Código penal alemán no sanciona expresamente la “instigación o ayuda al suicidio”]. Si la participación dolosa en el suicidio es indiscutiblemente impune, con más razón deben ser impunes la cooperación culposa en suicidios, autolesiones y dolosas autopuestas en peligro. Esto ya lo ha expresado acertadamente el Tribunal Federal alemán para el hecho de posibilitar sin dolo un suicidio (BGH, s. penal, t. 24, p. 342 y ss.), y también lo ha reconocido fundamentalmente, siguiendo en adelante la moderna teoría de la imputación, después de un espectacular cambio, para la participación en dolosas autopuestas en peligro (BGH, s. penal, t. 32, p. 262 y ss.)⁽³¹⁾.

(29) Comp. así Hellmuth MAYER, “Strafrecht, AT”, 1953, p. 138: no existiría “ninguna necesidad de penar al partícipe culposo cuando el hecho es castigado mediante la punición del autor doloso”. Más ref. en WEHRLE, ver nota 1, p. 5.

(30) Comp. más ampliamente ROXIN, “Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten”, en LH a Gallas, 1973, p. 241 y ss.

(31) En este contexto no interesan las particularidades; comp. no obstante mis observaciones a la sentencia BGH, t. 32, p. 262 y ss. en *NStZ*, 1984, p. 411. Lamentablemente el TFA no

Así, cuando todavía LAMPE⁽³²⁾ (y otros autores que ya antes de él habían argumentado de manera parecida) opina que, de no haber prohibición de regreso, tendría que pensarse por homicidio culposo a aquel que dejara “a la vista por un descuido su revólver cargado” con el cual otro dispara dolosamente, está plenamente justificado el rechazo de la punibilidad. Pero este rechazo se deriva de la ya mencionada idea del fin de protección, el cual únicamente ha sido inferido de la impunidad de la participación en el suicidio y no permite ninguna conclusión sobre la impunidad general de la cooperación no dolosa en caso de daños dolosos de terceros. Después de todo, de lo expuesto resulta que la prohibición de regreso da en el blanco por sus resultados, aunque no por sus fundamentos, para el extraordinariamente importante y muy variado grupo de casos de cooperación en autolesiones dolosas y responsables.

2. Todavía es más importante el entendimiento de que la mayoría de los casos de causación no dolosa de hechos punibles dolosos, según los principios de la teoría general de la imputación bajo el punto de vista del riesgo permitido, tampoco puede ser imputada al tipo objetivo. Un caso de riesgo permitido es el principio de confianza, reconocido generalmente en el tráfico vehicular⁽³³⁾. Este principio, válido para la conducción de autos bajo el precepto de que nadie tiene por qué contar con infracciones (culposas o dolosas) de tráfico de los demás participantes si no tiene indicios especiales, debe trasladarse a otros ámbitos de la vida conforme a lo siguiente: todos deben, por regla general, confiar que los demás no cometerán hechos

ha extraído la consecuencia correcta de rechazar la posición de garante para las omisiones subsiguientes y con ello ha vuelto a abandonar parcialmente su correcta comprensión; comp. BGH *NStZ* 1984, 452; *NStZ* 1985, 318 y las “Observaciones” de ROXIN. También tienen razón al adoptar una actitud negativa DREHER/TRÖNDLE, 43^{ava.} ed., 1986, com. prev. art. 13, n. m. 19.

⁽³²⁾ Ver nota 4, p. 613.

⁽³³⁾ Comp., c. más ref., detalladamente WEHRLE, ver nota 1, p. 52 y ss. Desarrollando más aún el todavía poco esclarecido principio de confianza Heribert SCHUMANN, “Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen”, 1986.

punibles dolosos⁽³⁴⁾. Esta oración puede fundamentarse, por un lado, a través de una ponderación entre la libertad de acción humana y las ventajas sociales vinculadas frecuentemente con el ejercicio de dicha libertad, y, por otro lado, los peligros inevitables resultantes de ello, que subyacen en cualquier riesgo permitido.

La venta de cuchillos, cerillos, encendedores, combustible, hachas y martillos, y la transmisión de tales objetos no sería posible si uno tuviera que adecuarse a hechos punibles dolosos de los compradores y otros receptores. Ya estos casos muestran lo que rige por lo demás: si uno tuviera que prescindir de ofrecer oportunidad para la comisión de hechos punibles dolosos, una vida social moderna sería tan poco posible como si se renunciara a un tráfico vehicular.

El que la impunidad se deba al riesgo permitido (cada uno de cuyos presupuestos habrá de precisar todavía) no debe mal interpretarse como reconocimiento de una prohibición de regreso con el ropaje de otra terminología. Esto es mostrado no solo por los límites del riesgo permitido que serán expuestos a continuación, sino puede reconocerse también sobre todo en que la impunidad del primer actor principalmente no está limitada –como la prohibición de regreso– a conductas no dolosas. También queda impune quien, al vender cuchillos o hachas, actúa con *dolus eventualis* respecto a posibles hechos punibles⁽³⁵⁾. Pues un riesgo permitido está permitido independientemente de la actitud del actor con respecto al resultado; también quien no confía puede invocar el principio de confianza.

(34) Así, siguiendo esta tendencia, STRATENWERTH, "Strafrecht, AT", 1981, n. marg. 1162 y ss.; LK-SCHROEDER, 10a. ed., com. art. 16, n. marg. 184; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, 23ª ed., 1988, art. 15, n. marg. 154; SK-RUDOLPHI (abril 1986), com. prev. art. 1, n. marg. 72. Esto rige para todos, solo que con diferentes restricciones y modificaciones a las cuales regresaremos.

(35) Al respecto especialmente JAKOBS, "Strafrecht, AT", 1983, cap. 24, n. marg. 21. Puede quedar en suspenso el que esto, como opina JAKOBS, rija sin excepciones, o que, en el caso concreto, la responsabilidad dolosa también pueda ir más allá que la responsabilidad culposa, pues aquí solo se trata de la imputación culposa.

IV. INTENTOS DE DETERMINAR EL RIESGO PERMITIDO EN EL PRIMER ACTOR NO DOLOSO

Pero a diferencia de la prohibición de regreso, inflexible desde su concepción ideal, todo riesgo permitido tiene sus límites, que al ser infringidos hacen que la mencionada ponderación recaiga a favor del bien jurídico puesto en peligro. La ubicación de estas fronteras es vivamente discutida entre los autores que tratan el problema sin implantar una fundamental prohibición de regreso, sino aplicando el punto de vista de la teoría general de la imputación.

1. La peligrosidad inmanente de una infracción del cuidado

JESCHECK⁽³⁶⁾ opina: “Si una lesión del deber de cuidado ya contiene en sí misma el peligro de la producción de un resultado típico, entonces el aprovechamiento de una situación favorable para la realización de un hecho doloso está en el marco del riesgo jurídicamente desaprobado”. Según esto, el preservar descuidadamente un veneno o el alquilar un departamento expuesto al fuego harán que el primer actuante sea responsable por un hecho imprudente en caso de un envenenamiento o incendio dolosos subsecuentes. Por el contrario, por ejemplo, el dar un arma de caza, con el cual se comete un asesinato, se mantiene en el marco del riesgo permitido.

Sin embargo, de esta manera no es posible una clara delimitación, pues no es inteligible por qué el veneno y la casa expuesta al fuego deban portar “en sí mismos”, el peligro de un envenenamiento y el de un incendio respectivamente, mientras que el arma no lo deba tener con respecto a un delito de homicidio. Incluso encendedores o ceniceros pesados, para los que el hecho de dejarlos al alcance de todos indudablemente tiene que ser visto como un riesgo permitido, portan “en sí” el peligro de un incendio y de fracturas al cráneo, si alguien los usa para ello. Puesto que casi todos los objetos pueden ser utilizados en cualquier delito doloso, su “facilitación” por sí sola no es suficiente para una imputación al tipo objetivo y, por tanto, tampoco para una imputación de imprudencia.

(36) “Strafrecht, AT”, 4^{ta}. ed., 1988, cap. 54, IV, 1, p. 517.

2. Puntos de referencia concretos para la proximidad de un hecho doloso

Es evidente que el límite del riesgo permitido debe ser establecido, en correspondencia con el principio de confianza en el tráfico vehicular, allí donde están dados puntos de referencia concretos para la comisión de un hecho doloso⁽³⁷⁾. Después de todo, con ello el alquilar un departamento expuesto al fuego y el dejar por ahí objetos peligrosos no serían así por así factores que fundamenten la imprudencia.

El criterio apunta también en la dirección correcta. No obstante, en relación con los delitos dolosos, es demasiado vago, a diferencia de lo que ocurre en el tráfico vehicular donde el no respeto de las reglas de tráfico es reconocible mediante la forma de conducir de los demás. P. ej., ¿constituye un “punto de referencia” el hecho de que en varias ocasiones se haya apuñalado a alguna persona en un determinado barrio, de manera que solo pueda venderse cuchillos a personas conocidas por su especial confiabilidad? ¿La adquisición de veneno para ratas es un punto de referencia para un posible y planificado homicidio por envenenamiento?

¿La excitación de aquel que compra un hacha insinúa un posible homicidio planificado, de manera que el vendedor podría ser penado eventualmente por homicidio culposo? La respuesta afirmativa a estas preguntas y la imputación de cualquier resultado al primer actuante iría siempre demasiado lejos, pues todos aquellos indicios son variados y también pueden ser vistos como inocuos. Pero entonces no hay ningún motivo para derogar el principio de confianza.

3. La promoción de una persona reconociblemente resuelta a cometer el hecho

De la comprensión acerca de la incapacidad de determinación de cualquier punto de apoyo se desprenden también diferentes soluciones que pretenden vincular a presupuestos muy estrechos y claramente definidos una imputación de la cooperación no dolosa a un hecho doloso.

(37) En este sentido, RUDOLPHI en SK (abril de 1996), n. marg. 72, com. prev. art. 1.

STRATENWERTH⁽³⁸⁾ ha desarrollado la tesis de que “solamente cuando otro está ya resuelto, de manera reconocible, a cometer el delito” resultaría imprudente posibilitarle o facilitarle la ejecución. Sin embargo, cuando la resolución a cometer el hecho [Tatentschlossenheit] se presentare abiertamente, la cooperación del tercero, por regla general, se representará como una participación dolosa. Pero si ella no se presentare abiertamente, por tratarse de un acontecimiento interno, será difícilmente reconocible y apenas podrá delimitarse de la todavía indecisa inclinación hacia el hecho [Tatgeneigntheit]. Además apenas podrá verse como riesgo permitido el que se motive irreflexivamente a alguien todavía no decidido a cometer el hecho, p. ej., poniendo a su disposición un arma.

4. Acciones primarias, cuyo sentido objetivo solamente puede servir para la comisión de un delito

JAKOBS⁽³⁹⁾ y siguiéndolo últimamente también STRATENWERTH⁽⁴⁰⁾ pretenden aceptar una responsabilidad por imprudencia en aquellas acciones primarias no dolosas cuyo único objetivo imaginable radica en la promoción de un delito. Entonces, se excluiría una responsabilidad del primer actuante cuando su conducta también tiene sentido sin el subsiguiente hecho doloso del ejecutante⁽⁴¹⁾. Según esto, una imputación por imprudencia tendría que resultar en la sentencia del RG (s. penal, t. 64, p. 370 y ss.), “cuando el veneno solo puede ser razonablemente utilizado por el amante para fines delictivos”⁽⁴²⁾ o cuando “la entrega de un arma, según las circunstancias, en el caso concreto no puede tener otro sentido que servir para la comisión de un delito, el cual todavía no tiene que estar

(38) “Strafrecht, AT”, 2^{da}. ed., 1976, n. marg. 1162; igualmente WOLTER, “Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem”, 1981, p. 348 y ss.

(39) “Regrebot beim Erfolgsdelikt”, *ZStW*, t. 89, 1977, p. 1 y ss.

(40) “Strafrecht, AT”, 3^{ra}. ed. 1981, n. marg. 1164.

(41) JAKOBS, “Strafrecht, AT”, 1983, cap. 24, n. marg. 15.

(42) JAKOBS, ver nota 39, p. 25.

planificado en todas sus particularidades (de manera que tampoco es todavía posible un dolo de participación suficientemente determinado)⁽⁴³⁾.

Esta solución no es realizable porque difícilmente existen acciones cuya finalidad, bajo un juicio objetivo, solamente puede radicar en una promoción del delito, independientemente de algunos casos de participación dolosa⁽⁴⁴⁾: “hasta el veneno más letal no tiene objetivos de aplicación delictuosa”. Incluso cuando alguien, en el marco de una discusión por la vía de los hechos pide un arma, su dación no tiene necesariamente que perseguir la comisión de un delito; ella puede servir también para una legítima defensa o para una simple amenaza. Es más, la entrega de un instrumento mortal como una guillotina no tiene que servir para un delito, sino también puede servir para fines de estudio o de exposición.

V. LA PROMOCIÓN DE LA INCLINACIÓN HACIA EL HECHO COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN PARA EL PRIMER ACTUANTE

1. La fundamentación del criterio

Entre resolución hacia el hecho [Tatentschlossenheit] y la propiedad objetiva de vinculación al fin [objektive Zweckgebundenheit] radica una característica que posibilita una clara delimitación y evita las debilidades de ambas: la inclinación reconocible hacia el hecho. Basándose en la inclinación hacia el hecho, el criterio considera, por un lado, que una primera acción no puede ser interpretada como intolerablemente peligrosa por ella misma, sino solamente a partir del contexto reconocible de las intenciones del potencial autor doloso. Por otro lado, este criterio escapa a las dificultades que resultan de la estrechez y de la incapacidad de determinación de una resolución fija hacia el hecho. Quien ve a dos hombres envueltos en una riña sin cuartel, que va a desembocar en daños considerables para ambas partes, y alcanza a uno de ellos (que quizás es amigo suyo) un arma, puede ser que con ello no preste una complicidad dolosa, sino solamente quiera

(43) STRATENWERTH, ver nota 40.

(44) WEHRLE, ver nota 1, p. 74, cuya crítica a esta solución (pp. 73-76) es totalmente digna de aplauso.

facilitarle su defensa. Entonces, aunque la finalidad objetiva de su acción no está dirigida necesariamente a la comisión del delito y todavía no está dada una “resolución reconocible” del receptor de emplear el arma para cometer un delito doloso, sin embargo, debe bastar la inclinación hacia el hecho, que se puede reconocer en la situación dada, para impedir que extraños ejecuten acciones que puedan conducir a una escalada peligrosa para la vida. Por ello, si ocurre una grave lesión dolosa o un homicidio, es apropiado imputar el resultado al primer actuante como hecho culposo.

Sin embargo, tal como acertadamente muestra JAKOBS⁽⁴⁵⁾, para la imputación no es suficiente cualquier condición puesta por un foráneo ante una reconocible tendencia hacia el hecho. La ejecución de la amenaza: “si te vas, mato a alguien” no puede motivar a condenar por homicidio culposo a quien se va, así como tampoco es culpable el juez por este hecho cuando asaltantes insinúan el asesinato de un político en caso de continuar el proceso, y luego lo realizan. El que tales constelaciones no solamente tengan importancia académica, lo muestran sobre todo los secuestros de aviones de los últimos años. Si los secuestradores matan pasajeros debido a que, pese a la amenaza de muerte, se emprendieran acciones para la liberación de los rehenes o se denegara el suministro de combustible al avión, entonces los oponentes de los secuestradores no son responsables de un homicidio culposo, aunque era reconocible la inclinación de los secuestradores hacia el hecho.

El motivo para el rechazo de una imputación culposa radica en que la conducta del foráneo en tales casos, según su sentido objetivo, no puede ser juzgado como “promoción” de la inclinación ajena hacia el hecho. El hecho de irse, de que un juez siga un proceso, de oponerse a los secuestradores de aviones, no puede siquiera ser punible cuando un autor doloso condiciona dichas conductas para la comisión de un delito. En caso contrario, el Derecho penal favorecería de manera inaceptable a coaccionadores y extorsionistas. Si A exige a B, p. ej., 100,000 marcos o la renuncia a su carrera y, para el caso de que su exigencia no sea cumplida, insinúa la comisión de un asesinato, el que es requerido no puede ser

(45) “Strafrecht, AT”, 1983, cap. 24, n. marg. 16.

obligado bajo la amenaza de pena, a corresponder a tal pretensión; esto significaría la capitulación del ordenamiento jurídico. La exclusión de estas constelaciones no es, entonces, necesaria, ni tampoco hace que el principio de imputación pierda claridad. Y es que puede distinguirse claramente entre una promoción objetiva por el primer actuante y una vinculación arbitraria a condiciones por el autor doloso.

2. Los efectos prácticos

Si se ve la “promoción de una tendencia reconocible hacia el hecho” como el criterio decisivo para la imputación, entonces, después de todo, en algunos de los casos jurisprudenciales “clásicos” tendrá que afirmarse una punibilidad. En los hechos en los que se basa la sentencia del RG, s. penal, t. 63 (p. 370 y ss.), la amante había discutido largo tiempo con el marido sobre la propiedad del veneno; ambos también ya habían hablado sobre una vinculación matrimonial para el caso de que la esposa muriera. Por último, la amante, en presencia del marido, había “precisamente expresado que él no querría habérselas con su mujer”. El Tribunal ha comprobado que para la inculpada “era muy evidente” la suposición de un envenenamiento planificado, la situación habría “tenido que imponer[le]... en gran medida la sospecha expresada”. Incluso si se parte de que el marido, al recibir el veneno, no estaba definitivamente decidido a cometer el hecho, sino todavía luchaba consigo mismo, y que enervaba las sospechas aduciendo que quería usar el veneno para otros fines, aquí era reconocible una inclinación hacia el hecho, la cual quizás recién a través de la entrega del veneno se convirtió en una decisión definitiva. Aquí ya no se justificaba confiar en que no se iba a producir un hecho doloso, de manera que la amante ha sido condenada por homicidio culposo con toda justicia.

También resulta difícil justificar la absolución decretada por la Corte de Casación suiza (BGE 105 IV 330 y ss.). Aquí, Helene M., la heredera de una granja, cuya reconstrucción le había ocasionado elevados costos, habría expresado frente a dos conocidos que lo mejor sería que la casa “se viniera abajo calurosamente”, es decir, que se incendiara. Beat S. había respondido que eso sería para él una pequeñez: “cuánto estaría dispuesta

a pagar”. Ella mencionó la suma de 5,000 francos y describió a ambos visitantes “la ubicación de la granja y el camino que lleva hacia ella”, mientras que Ursula P. manifestó que ella ya sabía qué se podía hacer con el dinero. Por lo menos al salir Helene M. le dijo a ambos que no “hablen por hablar”. Luego partió hacia Klagenfurt. Unos días después Beat S. y Ursula P. incendiaron la granja, pues habían llegado a la conclusión de que Helene M. había hecho una oferta seria.

Helene M. se defendió aduciendo que todas sus expresiones solo las había hecho “en tono de broma”. El Tribunal no pudo probarle un dolo de inducción y la absolvió de la acusación por causación culposa de un incendio (art. 222 del C. P. suizo), argumentando que si bien habría una relación causal, faltaría “la adecuación; pues el que un hablar irreflexivo sobre un incendio motive a un interlocutor a cometer un hecho doloso, no es previsible según el curso acostumbrado de los hechos”.

Esta fundamentación es claramente incorrecta. Dado que para el Tribunal la conducta de Helene M., según su aspecto exterior, incluso habría sido suficiente para una inducción y también había sido comprendida así por los incendiarios, la provocación de una resolución [criminal] resulta aquí tan imprevisible como en el caso de una verdadera inducción. También se desprende de los hechos que Beat S. y Ursula P. estaban inclinadas hacia el hecho y que Helene M. incluso había reconocido esto. Además, ella había reconocido que la advertencia de que ambos “no deberían hablar por hablar” tenía un contenido vago⁽⁴⁶⁾ y no era de ninguna manera apropiada para que la oferta de dinero y la precisa descripción del camino parezcan una simple “broma”. Pero si las expresiones son apropiadas para ocasionar un gran peligro para la comisión del hecho, el ordenamiento jurídico no exige demasiado al esperar que estas se omitan o que por lo menos se aclare indubitablemente lo que se quiere decir, cuando el receptor de la

⁽⁴⁶⁾ Según el diccionario “Duden” de seis tomos, t. 5 (de O a SO), 1980, un “hablar por hablar” [“Seich”] es una “expresión rural despreocupada”, la cual significa o bien “orina” (“Harn”) o bien “habladuría”, “cháchara” [“Gerede, Geschwätz”] (p. 2366). En el presente contexto, la expresión querría decir que los dos no deberían hacer tonterías; pero esto podría referirse tanto a la comisión del hecho como tal, como también a la forma concreta de su ejecución.

declaración se da cuenta de su inclinación hacia el hecho. Luego, debió haberse condenado por causación culposa de un incendio.

En la sentencia del RG, s. penal, t. 58, p. 366 y ss., se trató de la causación culposa de una exportación no autorizada cometida dolosamente por otro. El RG acertadamente observa que cuando se suministra mercancía uno no tiene que contar sin más con que el destinatario la va a utilizar para exportarla de manera no autorizada; también se rechaza con justicia un deber general de informarse. No obstante, el RG opina que “la personalidad de S, quien vive en la Alta Silesia de Polonia, y la forma del envío” (a saber, “el cambio propiciado por S del lugar de destino final de los envíos, después del traslado de Kattowice a Polonia”) debieron haber generado suspicacias en el proveedor. Por falta de mayores puntos de apoyo en los hechos, resulta dudoso que estas circunstancias sean suficientes para afirmar una disposición reconocible hacia el hecho. Empero, después de todo la sentencia se alinea en la tendencia aquí perseguida.

Por el contrario, no se podrá seguir la más famosa sentencia del RG (s. penal, t. 61, p. 318 y ss.) que resulta aquí pertinente, referida al alquiler de un departamento expuesto peligrosamente al fuego. Ciertamente, puede comportar una sanción penal por culpa el hacer accesible tal vivienda, cuyos ocupantes caen después víctimas de un incendio, cuando el incendio se produjera casualmente o debido a la falta de cuidado de un tercero. Ello es así porque la exposición peligrosa al fuego significa un aumento no permitido del peligro, el cual, en tal caso, también se ha realizado con prontitud. Así habrá sucedido también en los hechos sobre los cuales decidió el RG, pues las investigaciones no ofrecieron “ni el más mínimo soporte” para un incendio doloso. Ha sido solo el afán por rechazar definitivamente la teoría de la interrupción del nexo causal el que ha motivado al RG a afirmar una punición por culpa del primer actuante, incluso para el caso totalmente hipotético de un incendio doloso.

Pero, dado que ninguna persona normal comete un incendio doloso solamente porque es posible (también es posible generalmente con casas que hubieran sido construidas siguiendo las autorizaciones policiales relativas a la construcción), en dicho delito no se ha realizado el peligro

que había sido creado por la primera causa. P. ej., tampoco se le ocurrirá a nadie acusar al causante culposo de un accidente de tráfico de asesinar a la víctima del accidente en estado de inconsciencia, por el simple hecho de que es más fácil matar a una persona en estado de inconsciencia que a quien está dispuesto a defenderse. Luego, puesto que en el caso del incendio no era reconocible ninguna inclinación hacia el hecho, debe excluirse una imputación de imprudencia.

Algo correspondiente vale para los casos muy discutidos de la custodia descuidada de objetos que otro utiliza como medio o instrumento para un hecho doloso. Entonces, quien tiene en mente un suicidio y guarda veneno y un revólver en el cajón de su mesa de noche es, según las circunstancias, responsable de un accidente resultante, pero no por el asesinato doloso que alguien comete con ellos. Tampoco tienen que responder el policía o el cazador que dejan sus armas en el restaurante por el hecho doloso que otro comete con ellas, salvo que exista una inclinación reconocible al hecho, en cuyo caso responderán como autores culposos.

La opinión contraria se basa sobre todo en una equiparación injustificada de dolo y culpa en la persona del segundo actor. Pero quien crea el riesgo no permitido de la comisión de un hecho culposo, no tiene por qué haber causado también con ello el peligro intolerable de un hecho doloso. El riesgo permitido y el principio de confianza están “relacionados con el tipo”: quien tiene que contar con un hecho culposo sí que puede confiar en la ausencia de una comisión dolosa del delito, en tanto no entre en juego una inclinación reconocible hacia el hecho.

También la infracción de los preceptos legales que ordenan custodiar o que prohíben proporcionar, no lleva sin más a una responsabilidad culposa por los hechos dolosos que resulten de ello⁽⁴⁷⁾. Esto rige incluso cuando

⁽⁴⁷⁾ Pero últimamente WEHRLE se pronuncia de nuevo en este sentido; ver nota 1, p. 107 y ss. Las dificultades que surgen con ello se muestran en la posterior restricción efectuada por el autor (p. 109): “No cualquiera que da a otro un revólver robado, después de una cadena de trasposos lesiona ... su deber de cuidado, sino solamente aquel que, infringiendo el deber de cuidado, guarda su revólver legalmente adquirido o que lo transfiere a otro que no tiene licencia para portar armas”. Es sencillamente incomprensible que el poseedor

el legislador no solamente ha tenido en la mira impedir accidentes, sino accesoriamente también dificultar hechos dolosos⁽⁴⁸⁾. Esto se debe a que la infracción de determinadas disposiciones no fundamenta eo ipso una responsabilidad culposa por las consecuencias, sino recién cuando ello resulta de las reglas generales de imputación⁽⁴⁹⁾. Pero esto no solamente ocurre cuando existe una inclinación reconocible hacia el hecho. Si se quisiera decidir de otra manera, la punibilidad culposa podría extenderse arbitraria e ilimitadamente a través de las leyes y disposiciones administrativas que reglamentan la vida diaria.

3. Tomas de posición en la literatura

En la literatura, hasta donde se puede apreciar, el criterio aquí propugnado solo se encuentra por ahora en SCHROEDER⁽⁵⁰⁾: “Con todo debe bastar como peligro de la realización del tipo la inclinación hacia el hecho de otro y, con ello su reconocibilidad”; habría que agregar solamente la ulterior restricción de este criterio a través del elemento de la “promoción” en los casos de una vinculación arbitraria a condiciones a través del autor doloso.

Sin embargo, objetivamente, siguiendo a varios autores, debe comprobarse un amplio consenso. Cuando STRATENWERTH⁽⁵¹⁾, en una tercera variante, quiere restringir su teoría de la imputación culposa a los casos “en los que la conducta delictiva de otro es tan evidente que no sería razonable

legítimo del revólver deba responder penalmente por hechos dolosos que se cometan con el arma de manera más grave que quien posee el revólver de manera ilegítima.

- (48) Comp. al respecto las diferencias explicadas por SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, “Strafgesetzbuch”, 1988, 23^{ava.} ed., cap. 15, n. marg. 154 con explicaciones de similar proyección, pero, en cuanto al último punto, tendentes a una responsabilidad culposa.
- (49) Al respecto detalladamente BURGSTALLER, “Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht”, 1974, p. 44 y ss. Igual que aquí también SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, “Strafgesetzbuch”, 1988, 23^{ava.} ed., n. marg. 101, com. previo arts. 13 y ss.: “Es irrelevante... que el hombre de atrás atente o no contra una prohibición especial, la cual, debido a que otros no cumplen con su responsabilidad, precisamente tiene el sentido de impedir la conducta desviada del hombre de adelante que lesiona bienes jurídicos”.
- (50) *LK*, 10a. ed., art. 16, n. marg. 184 –por cierto, sin otra fundamentación–.
- (51) “Schweizerisches Strafrecht, AT”, t. I: “El hecho punible”, 1986, cap. 16, n. marg. 57.

contar con ella”, esto llega al mismo resultado que cuando se parte de que (solo, pero también siempre) en los casos de reconocible inclinación hacia el hecho no sería razonable⁽⁵²⁾ no considerar las posibles consecuencias. Y cuando, p. ej., HERZBERG dice que un vendedor de cuchillos no tendría por qué preocuparse por “lo que personas autorresponsables puedan tener en mente después de comprar un cuchillo”, pero que el vendedor no debería invocar este principio “cuando tiene lugar frente a su negocio una riña y uno de los participantes entra y quiere comprar un cuchillo”, esto guarda correspondencia con toda la concepción aquí defendida, pues solo en el segundo caso se presenta una inclinación reconocible hacia el hecho.

4. ¿Exclusión de acciones de la vida cotidiana?

Diversos autores defienden la concepción de que se excluye de plano una imputación culposa –y con ello incluso en caso de reconocible inclinación hacia el hecho– en tanto la promoción ocurra a través de “acciones de la vida cotidiana”⁽⁵³⁾. “El panadero no responde, entonces, debido a una participación en un homicidio, cuando al vender los panecillos sabe que el comprador va a envenenar el producto y servirlo luego a sus invitados”⁽⁵⁴⁾. “¿Es que ya no puede uno dejar de echar llave a la puerta de la casa por las mañanas, cuando se calcula que un extraño va a penetrar en la casa y matar al vecino del departamento contiguo?”⁽⁵⁵⁾. Y nuevamente JAKOBS⁽⁵⁶⁾: “Alguien comunica a otro dispuesto a iniciar una acción de salvamento ..., conforme a la verdad, que el que se encuentra en peligro de muerte pertenecería a determinado partido extremista. Debido a esta noticia, la

(52) “Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip”, 1972, p. 315 sobre el problema paralelo de la responsabilidad por injerencia.

(53) WEHRLE, nota 1, p. 70.

(54) JAKOBS. “Strafrecht, AT”, 1983, cap. 24, n. marg. 17. JAKOBS incluso pretende emplear este principio en la “participación dolosa”, el cual naturalmente rige de la misma manera para una primera causación “culposa”. De manera parecida a Jakobs, debido a una concepción independiente de la participación, SCHUMANN, ver nota 33, p. 49 y ss.

(55) WEHRLE, ver nota 1, p. 70.

(56) “Strafrecht, AT”, 1983, cap. 24, n. marg. 17, siguiendo a Armin KAUFMANN (“Die Dogmatik der Unterlassungskelikte”, 1959, p. 200).

acción de salvamento no se realiza”. También se cita frecuentemente un caso creado por mí mismo⁽⁵⁷⁾: “¿Al cliente de un restaurante, quien en una taberna es testigo de peleas no le estaría permitido colocar su jarro de cerveza sobre la mesa por existir la posibilidad de que alguien la tome y golpee con ella a otro en la cabeza?”.

A primera vista tales ejemplos tienen aspecto contundente y parece resultar evidente rechazar una imputación culposa. Pero después de un segundo vistazo, los casos no demuestran completamente lo que deberían probar. Cuando, siguiendo a JAKOBS⁽⁵⁸⁾, se atiende a si un primer actuante, ya según su apariencia externa, se orienta en “un mundo determinado por su planificación delictiva”, es por cierto consecuente excluir normalmente de cualquier imputación a las acciones adecuadas socialmente. Pero si se reconoce que la peligrosidad de una acción, en un autor doloso que entra en el curso causal, nunca resulta de ella misma, sino siempre de la disposición reconocible hacia el hecho del otro (más al respecto supra IV, 4; V, I) aparece otra imagen.

Se ve entonces que tales casos son ejemplos intimidatorios que nunca ocurren en la vida real. Pues en las acciones cotidianas, que nunca llaman la atención, una tal inclinación hacia el hecho del autor doloso casi nunca será reconocible. ¿Cómo podrían reconocer la inclinación hacia el hecho de un autor doloso el vendedor de un panecillo, un inquilino que abre la puerta principal de la casa o un mero informante? Entonces, las acciones cotidianas normales ya son eliminadas por el criterio de la inclinación reconocible hacia el hecho.

Lo contrario solo puede suceder cuando el primer causante dispone de un suficiente y concreto conocimiento especial. Pero entonces la “acción cotidiana” pierde su carácter inofensivo y no es adecuada socialmente ni está cubierta por el principio de confianza. Quien envía al cocinero un condimento especialmente picante, pese a que un tercero le ha advertido

(57) “Täterschaft und Tatherrschaft”, 2^{da}. ed., 1967, p. 542, citado, p. ej., por STRATENWERTH, “Strafrecht, AT”, 1981, 3^{ra}. ed., n marg. 1163; WEHRLE, ver nota 1, p. 70.

(58) *ZStW*, t. 89, 1977, p. 23; comp. con más detalles supra IV, 4.

que este solo pretende disimular el sabor de la sopa envenenada por él, debe ser penado por homicidio culposo, en tanto no se admita incluso el dolo. No es comprensible por qué el caso deba ser tratado –*ceteris paribus*– de manera diferente que la entrega del veneno. Si alguien sabe que quien quiere asesinar a su vecino de departamento está frente a la puerta principal con un revólver cargado y a pesar de ello la deja abierta pensando que el vecino se salvará de alguna manera, esto no es menos homicidio culposo que, p. ej., el hecho de encerrar, bajo un descuido grave, al vecino en una casa en llamas. Si A de manera creíble asegura que matará a X en cuanto le eche mano, y B acto seguido, descuidadamente, le menciona el paradero de X, B tendrá que ser penado por homicidio culposo en caso de que X sea asesinado; la veracidad de la información no cambia el hecho de que ha posibilitado la muerte de X de igual manera que en otros casos lo hace, p. ej., el proporcionar un arma.

La problemática del jarro de cerveza pertenece a un contexto algo distinto. Aquí ya al colocar el jarro es reconocible la disposición hacia el hecho de los camorristas. Si, pese a ello, no puede verse ningún punto de contacto para una imputación de culpa, ello radica no en la “cotidianidad” de tales acciones. El motivo debe buscarse, más bien, en el hecho de que el colocar un jarro de cerveza en un restaurante, en el cual hay por todos lados numerosos jarros, no eleva el peligro para la víctima potencial. Si uno se imagina la situación de que son los últimos clientes los que se ven envueltos en una riña y a uno de ellos se le sirve un jarro de cerveza, pese a que ha anunciado creíblemente que con el jarro quiere golpear el cráneo del otro, entonces, la “cotidianidad” del servir una cerveza, en la situación concreta, no impide que esta acción se vincule a una imputación de culpa.

5. ¿Amplia imputación de culpa en los garantes?

Ya se ha expuesto (*supra* II, 3) que WEHRLE pretende, siguiendo a JAKOBS, quitar vigencia a la prohibición de regreso fundamentalmente aceptada por él. Pero incluso sin esto, gana terreno la concepción que considera como factor de imputación a la posición de garante. Así, RUDOLPHI⁽⁵⁹⁾

⁽⁵⁹⁾ SK (abril 1986), n. marg. 72, com. previo art. 1.

opina sin tener que vincularse a determinadas consecuencias: “Pero, para la responsabilidad del causante mediato, también adquiere importancia la cuestión de si éste está obligado, como garante, a evitar el curso de los daños provocado por él de manera inmediata”.

Tal desarrollo de la restricción de responsabilidad desde la perspectiva de la dogmática de la omisión es comprensible allí donde se quiere evadir las consecuencias de una prohibición de regreso construida de manera demasiado inflexible. Cuando, p. ej., WEHRLE (ver supra) condena por un hecho culposo a aquel que procura al autor doloso un revólver después que este ha declarado que, “daría un golpe”, esto es correcto por sus resultados. Pero la imputación de culpa ya está aquí presente porque se trata de la promoción de una inclinación reconocible hacia el hecho y no porque el primer causante haya asumido una posición de garante frente a la víctima debido a la creación de una fuente de peligro. Ciertamente, esto no rige para el caso del alquiler de un departamento expuesto al fuego (RG, s. penal, t. 61, p. 318 y ss.); pero entonces –en contra de WEHRLE– tampoco puede fundamentarse una punibilidad mediante la construcción de una posición de garante. Ya ha sido mostrado el hecho de que la elusión de las restricciones a la imputación mediante posiciones de garante, que pueden construirse arbitrariamente desde la acción primaria, es idónea para difuminar las fronteras de punibilidad en casos de cooperación no dolosa en hechos dolosos y para extenderlas ampliamente (en exceso).

Objetivamente tampoco es correcto que una posición de garante existente frente a la víctima fundamente de manera general una amplia responsabilidad del garante por hechos dolosos de terceros. Pues el dicho de que uno no necesita normalmente contar con hechos punibles dolosos, alcanza a todas las personas y con ello también a los garantes. Si, p. ej., los padres permiten que su niño regrese solo a casa, en la oscuridad, después de visitar a una compañera de estudios, no son responsables por homicidio culposo cuando el niño en el camino cae víctima de un asesino. Eventualmente sí son punibles cuando envían a su hija, sin ningún control y de noche, por un bosque en el cual desde hace algún tiempo han sido perpetrados muchos delitos sexuales no esclarecidos contra niños.

Pero aquí ya hay un caso de inclinación reconocible hacia el hecho; y la punibilidad ocurriría igualmente cuando los padres hubieran enviado por el camino a un niño extraño.

La posición de garante tiene una importancia autónoma para la responsabilidad del primer causante solamente en un punto: al existir una posición de garante también se da la responsabilidad del primer causante incluso si su conducta no “promoviera” el hecho, sino cuando, quien se inclina reconociblemente hacia el hecho, toma arbitrariamente por pretexto para su hecho doloso determinadas acciones del primer causante (comp. sobre esta cuestión supra V, 1). Un bonito ejemplo es proporcionado por BGH, s. penal, t. 7, p. 268⁽⁶⁰⁾: un marido había abandonado a su esposa, pese a que él –porque ella ya lo había intentado antes en una situación similar– consideró posible que su mujer se mataría y mataría al niño. Así sucedió.

Tendría que excluirse de antemano una punición por homicidio culposo de la mujer por el hecho de que se trataría de una participación impune en un suicidio doloso (com. arriba III, 1)⁽⁶¹⁾. Pero en relación con el niño existe efectivamente un homicidio culposo: Si bien la separación del marido de su mujer no implica la promoción de un infanticidio; ella solo se ha convertido en una condición del resultado porque la mujer, arbitrariamente, la ha usado como factor desencadenante de su hecho doloso. Pero en un caso de este tipo, ello no puede importar, porque debe imputarse al marido el simple no-evitar el resultado (sin cualquier hacer activo) debido a su posición de garante. Si se sanciona penalmente al pa-

(60) Una constelación similar ya había sido decidida en la sentencia del RG (s. penal, t. 64, p. 816 y ss.), en el sentido de una punibilidad por culpa. Aquí el inculpaado, después que su hija había dado a luz un niño, se había alejado por una hora de su departamento mientras su hija sola estranguló al recién nacido. Claro que del fallo del RG no se puede desprender con seguridad si era reconocible una inclinación hacia el hecho; si faltara, tendría que fracasar una imputación de culpa.

(61) El TFA, que todavía desconocía este principio, cuya validez recién empezó con la sentencia del BGH, s. penal, t. 24, p. 342 y ss., donde se basó en que la separación del hogar conyugal no habría sido “antijurídica” (BGH, s. penal, t. 7, p. 270). Pero esto no es decisivo. También la venta de un cuchillo al “inclinable hacia el hecho” no es en sí misma antijurídica, sino lo es recién viendo las consecuencias.

dre por homicidio culposo de su hijo, esto ni siquiera es, en el fondo, una excepción a la regla de que solamente debe imputarse a la autoría culposa por comisión la promoción de una inclinación reconocible hacia el hecho. Pues el abandonar el hogar conyugal (es decir, el “hacer positivo”) no es en realidad lo que fundamenta la punibilidad del marido, sino más bien la circunstancia de que él ha omitido durante la separación, llevarse al niño que peligraba o tomar cualquier otra medida de seguridad. En todo caso, esta particularidad válida para garantes merece consideración en la imputación al primer causante.

Termino mi contribución sobre un problema científico tan discutible como prácticamente significativo de la teoría general del Derecho penal, expresando mis parabienes por su 70mo. cumpleaños a Herbert TRÖNDLE, el gran comentarista y meritorio intermediario entre la teoría y la práctica, con un sentimiento de agradecimiento por un afecto de muchos años.

Acerca de la imputación del resultado en los cursos causales puestos en marcha anticipadamente (*)



El artículo se ocupa de dos nuevas sentencias del Tribunal Federal alemán (TFA) relacionadas con la causación del resultado a través de actos realizados en el estadio de la preparación y de la tentativa inacabada (BGH NStZ 2002, p. 309; p. 475). Siguiendo la jurisprudencia se concluye que, en el primer caso, se presentan lesiones corporales seguidas de muerte; y, en el segundo, un homicidio doloso consumado. Se intenta dar una fundamentación profunda a estas sentencias y se defiende, en especial, en el segundo caso, la “solución de la consumación” que el TFA arguye admitiendo una desviación no esencial del curso causal, en contra de la “solución de la tentativa” que se está imponiendo en la ciencia.

En nombre de todos los colaboradores permanentes del “Goldammer’s Archiv für Strafrecht”, esta contribución envía calurosos saludos a Paul-Günter PÖTZ por su octogésimo cumpleaños. A esto se suma el reconocimiento común al destacado trabajo que ha realizado y sigue realizando Paul-Günter PÖTZ para el Archiv. Y también mi agradecimiento personal a su continua labor promotora (no solo por el folleto especial de mayo de 1996 dedicado a mi persona).

(*) Título original: “Zur Erfolgszurechnung bei vorzeitig ausgelöstem Kausalverlauf”, publicado en Goldammer’s Archiv 2003, pp. 257-268.

I. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA DOMINANTE

Una y otra vez ocurre el caso de que el autor quiere llegar a determinado resultado típico, pero lo causa anticipadamente a través de una acción diferente de la que tenía prevista. Son muy conocidos dos hechos provenientes de la antigua jurisprudencia⁽¹⁾. En la sentencia del Tribunal del Reich publicada en DStR 1939, p. 177, el autor había querido matar a su esposa atontándola primero mediante golpes y, luego, arrojándola de un vehículo en movimiento. Pero la víctima murió ya debido a los golpes. En la sentencia del TFA, publicada en *Goltdammer's Archiv* de 1995, p. 123, la víctima, que se resistía a ser "ejecutada" por ahorcamiento, ya había muerto durante la riña que se produjo a consecuencia de su resistencia.

La jurisprudencia ha admitido en ambos casos un homicidio doloso consumado, y ha considerado que su puesta en marcha anticipada sería una desviación irrelevante del curso causal. El presupuesto para esta posición fue, en cada caso, que el autor se encontraba ya en el estadio de la tentativa al momento de emprender la acción de matar. Luego, no bastaría un "dolo" en el estadio de los actos preparatorios. Si el disparo mortal se escapa ya en el momento en que el que el sujeto decidido a asesinar a su enemigo, estaba todavía limpiando su arma, solamente hay un homicidio culposo. Pero, por otro lado, con ello no se necesita que se encuentre terminada la tentativa necesaria para admitir un hecho doloso consumado. Cuando el disparo mortal se escapa después de apuntar con el arma, pero antes de presionar el gatillo, se ve esto como un homicidio doloso consumado.

En los últimos dos años esta jurisprudencia ha sido confirmada por dos nuevas sentencias del TFA. Sin embargo, dado que en la literatura, si bien esta sigue mayoritariamente al TFA, se han formado diversas opiniones discordantes, resulta razonable tratar nuevamente esta problemática empleando nuevo material ilustrativo.

(1) ROXIN, "Strafrecht. A. T.", t. I, 3^{ra}. ed., 1997, § 12, n. marg. 170; SCHLIEBIETZ, "Die Erfolgzurechnung beim 'misslungenen' Rücktritt", 2002, p. 28.

El primer caso⁽²⁾ se refería a hechos en los cuales el autor quería matar a su esposa. Según su plan, esto debía ocurrir de tal manera que él iba a poner a la víctima en incapacidad de resistir (atándola, amordazándola o aturdiéndola) dentro de la casa común. Luego debía ser llevada a un lugar ubicado a 100 km de distancia, empleando para ello, consecutivamente, dos autos. En dicho lugar iba a obligar a la víctima a dar su firma y luego la iba a matar. Pero la mujer murió ya “como consecuencia de su primera intervención [del autor] a través de la atadura, el amordazamiento o el empleo del narcótico”.

La Tercera Sala, a diferencia de la instancia previa, ha rechazado un asesinato consumado argumentando que la muerte de la mujer habría sido causada todavía durante la etapa de los actos preparatorios. Solamente entraría en consideración una condena por causación dolosa del resultado de muerte cuando el autor “ya antes de la acción causante del resultado del hecho, hubiera pasado el umbral de la tentativa o, por lo menos, lo hubiera hecho junto con esta acción...”⁽³⁾. “Y es que, si bien las acciones en el estadio de la preparación pueden servir para realizar el plan del hecho, sin embargo, según la representación y la voluntad del autor, todavía no ponen en movimiento el curso causal que desemboca de manera inmediata en la consumación del hecho, de tal manera que, a falta de un dolo jurídicamente relevante, no se presenta la cuestión de una desviación (esencial o no esencial) entre el curso causal real y el representado. Por ello, si el resultado del hecho se produjere ya mediante un acto preparatorio, solamente entraría en consideración una condena por causación imprudente de este resultado” (luego, aquí tendrían que admitirse lesiones dolosas con resultado de muerte, aunque el TFA no lo diga expresamente⁽⁴⁾).

(2) BGH NStZ 2002, p. 309.

(3) La Sala se remite aquí, además de a la jurisprudencia arriba mencionada, a ROXIN, “Strafrecht. AT”, 3^{ra} ed., 1997, § 12, n. marg. 170; STRATENWERTH, “Strafrecht AT”, t. I, 4^{ta} ed., 2000, § 8, n. marg. 94; MAURACH/ZIPF, “Strafrecht AT”, t. I, 8^{va} ed., 1992, § 23, n. marg. 36; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB, 26^{ta} ed., 2000, § 15, n. marg. 58; PUPPE, en “Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch”, § 15, n. marg. 143.

(4) BGH NStZ 2002, p. 475.

Los hechos en el segundo caso pertinente han sido decididos por la 5ta. Sala. Los inculpados Z, D y W querían matar a K inyectándole aire con una jeringa descartable, acción de la que se encargaría Z. Para quebrar su resistencia, D y Z golpearon primero “en las zonas de la cabeza y el cuello a la víctima que se resistía”, mientras que W la “fijaba” con trapo. Cuando K se encontraba en el suelo y era sostenido por D y W, Z le aplicó la inyección. Pero la muerte de K no sobrevino como consecuencia de la inyección, sino de una asfixia: “Debido a los golpes, se había roto el apéndice de su laringe y había respirado sangre. Incluso si la aguja de la inyección hubiera penetrado en la vena del brazo, lo que no llegó a ocurrir, ni siquiera el doble del volumen de aire hubiera sido suficiente para causar la muerte”.

La instancia previa había condenado aquí por tentativa de homicidio en unidad de hecho con lesiones corporales seguidas de muerte. En cambio, el Tribunal Federal admitió un homicidio consumado. “Los inculpados cometieron acciones de lesión causales de la muerte después de (...) haberse decidido a matar –inyectando aire– a la víctima. En la aplicación posterior de violencia homicida radica ya el disponerse [o ‘prepararse’] de manera inmediata a matar en el sentido del art. 22 del StGB, puesto que el poner violentamente en estado de indefensión a la víctima y el aplicarle la inyección ... forman una unidad”. Si, tal como aquí ocurrió, se alcanza el límite de la tentativa, solamente una desviación causal esencial puede todavía impedir admitir una consumación dolosa. Sería de “reconocer que una divergencia entre el curso de los hechos producidos y los que pensaron los autores, por regla general, es irrelevante cuando no es esencial, principalmente porque ambos cursos causales son equivalentes”. En nuestro caso, el Tribunal Federal considera que esto es evidente sin fundamentar más: “Los dos cursos causales que deben ser comparados son equivalentes”.

Según esto, el comienzo de la tentativa es el momento decisivo para la posibilidad de imputar un resultado al dolo. Pero esto no es necesariamente un sobreentendido. Tal como precisamente muestra el caso arriba expuesto, se podría hacer que también bastaren actos preparatorios sostenidos por una resolución a cometer el hecho, siempre que contengan en sí mismos un elevado riesgo para la víctima. Y, de manera contraria,

también podría uno ver “el curso causal que desemboca inmediatamente en la consumación del hecho” –curso en el que se centra el Tribunal Federal en la primera sentencia– recién en la aplicación de la inyección de aire, de manera que las medidas de violencia que temporalmente se ubiquen antes de ello todavía no puedan sostener una imputación del resultado al dolo. Una opinión que se está extendiendo continuamente en la literatura defiende, efectivamente, el punto de vista de que recién la tentativa acabada fundamentaría una imputación del resultado al dolo; el Tribunal Federal no se ha ocupado hasta ahora de ella. En el tiempo transcurrido entre la resolución a cometer el hecho y la consumación todavía son imaginables otras cesuras y diferenciaciones con las cuales se podría vincular la admisión de un dolo suficiente para la consumación del hecho. Todo esto debe ser explicado con más detalle.

II. ¿PUEDE YA UN ACTO PREPARATORIO SOSTENIDO POR LA RESOLUCIÓN A COMETER EL ACTO FUNDAMENTAR UN DOLO CONSUMADO DEL HECHO?

Existe “consenso”⁽⁵⁾ en que no es posible esto. Pero los fundamentos que se presentan son vagos. El Tribunal Federal dice, en el caso del secuestro, que surgiría un dolo jurídicamente relevante recién cuando se produjera en el estadio de la tentativa (al poner en marcha un curso causal que desemboque de manera inmediata en la consumación del hecho); de igual modo, en mi manual⁽⁶⁾ se dice que no existiría ningún dolo penalmente relevante si, por lo menos, no se presentara en la acción de ejecución; STRATENWERTH⁽⁷⁾ opina que, en la etapa de la preparación, faltaría “aún toda voluntad de realización”.

Aun cuando esto es correcto por sus resultados finales, todavía no deja de consistir en afirmaciones sin una verdadera fundamentación. Y es que

(5) PUPPE en: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 15, n. marg. 143. MAURACH/ZIPF consideran ciertamente suficientes las acciones que “sean las que posibiliten o preparen” el resultado, pero con esto no se refieren obviamente a los actos preparatorios.

(6) ROXIN, “Strafrecht AT”, t. I, § 12, n. marg. 170.

(7) STRATENWERTH, “Strafrecht AT”, t. I, § 8, n. marg. 94.

se pregunta precisamente por qué una resolución indubitable a cometer los hechos no podría ser un dolo “relevante” o una “voluntad de realización”.

Algunas concepciones fundamentadoras obvias siguen siendo problemáticas. Así, suena ciertamente plausible que se argumente que no se podría consumir ningún hecho que no hubiera comenzado antes. Pero, en el sentido del uso cotidiano del idioma, se comienza, se “pone manos a la obra” un hecho ya con su preparación, tal como ha demostrado suficientemente nuestro ejemplo del secuestro; no necesita fundamentarse más que este comienzo, para que precisamente tenga que haber alcanzado ya el estadio de la tentativa, si es que va a surgir un dolo.

También puede considerarse que los actos preparatorios no son todavía tan peligrosos como para admitir una consumación dolosa imputable en caso de que estos actos causen el resultado. Pero no siempre existe esta falta de peligrosidad, tal como ha ilustrado el caso ahora decidido por el Tribunal Federal. Como acertadamente avisora el Tribunal Federal, aquí tenía que admitirse un acto preparatorio, porque entre el maltrato que lleva a la muerte de la víctima y la muerte que pretendía el autor, todavía existían numerosos pasos intermedios y una mayor distancia temporal y espacial. Pero los maltratos eran tan igual de peligrosos que, p. ej., en el caso de la inyección de aire, los maltratos dieron pie a una tentativa que el Tribunal consideró suficiente para un hecho consumado, pese a la producción anticipada del resultado. Los cursos causales atípicos que surgen de actos preparatorios no peligrosos pudieron descartarse como desviaciones objetivamente no imputables o desviaciones esenciales, incluso si se llegara a afirmar el dolo.

Una tercera posibilidad de fundamentación radicaría en la tesis de que se socavaría la impunidad de los actos preparatorios estatuida por el legislador si se tomaran estos actos como punto de vinculación para una pena por hecho doloso consumado. Pero al pensar así no se considera que también existen tentativas impunes (tal como ocurría antes en las lesiones corporales) que, pese a la opinión dominante, pueden servir de base para un hecho consumado cuando el resultado se desate anticipadamente. Y también, al admitir un hecho consumado no se desbarataría per se la im-

punidad de la preparación. Más bien la punibilidad se limitaría al caso de la producción del resultado; y precisamente la cuestión es saber si con ello se trata de una preparación o no.

Así, para fundamentar la opinión dominante solamente queda una tercera reflexión: que, a saber, el resultado tenga que basarse en una acción típica dolosa y que esta acción vaya desde la disposición (preparación) inmediata hasta el último acto parcial anterior a la consumación (es decir, p. ej., desde el apuntar hasta el presionar el gatillo del arma) con el cual se mata (a balazos) a la víctima. Si el disparo se escapa por sí solo después de apuntar, pero antes de presionar el gatillo, debido a un movimiento descuidado, la acción típica dolosamente dirigida se ve reducida, pero –a diferencia de lo que ocurre al desatarse el resultado en la etapa de la preparación– sí que existe aún. Esto es suficiente para admitir una consumación dolosa cuando el curso causal realizado y el que se buscaba, bajo puntos de vista normativos, son equivalentes y la desviación, en consecuencia, no es esencial. La equivalencia, por su parte, depende, según la concepción que yo he desarrollado, de la “realización del plan”, criterio decisivo para la imputación al dolo⁽⁸⁾: “Un resultado debe ser visto como doloso cuando y porque, bajo una valoración objetiva, se corresponde con el plan del autor”.

En mi ejemplo del arma, esto es lo que evidentemente ha ocurrido: bajo una valoración normativa (y normalmente también desde la perspectiva del tirador) da lo mismo, para la realización del plan del autor, el si el disparo mortal que se pretendía hacer se suelta al presionar el gatillo o al apuntar. Lo mismo rige para los diferentes cursos causales en el caso de la inyección de aire.

Con ello se ha expuesto que el desencadenamiento del resultado mediante actos preparatorios, en todo caso, no puede arrastrar a una punición por un hecho consumado doloso, y se ha encontrado una explicación de por qué, por regla general, será diferente en el estadio de la tentativa cuando una acción, que se encuentra antes del último acto parcial avistado, causa

⁽⁸⁾ ROXIN, “Strafrecht AT”, § 12, n. marg. 6.

el resultado. Con ello se provee una justificación a nuestros dos fallos del Tribunal Federal: la diferencia de las consecuencias se debe a que, en el caso del secuestro, el resultado no ha sido desatado por una acción típica, pero ello sí que ha ocurrido en el caso de la inyección. Sin embargo, una opinión muy difundida y que se está imponiendo, tampoco permite que sea suficiente la causación del resultado a través de una tentativa inacabada; o sea, en el caso de la inyección de aire no admitiría un asesinato consumado, sino “solamente” una tentativa de asesinato en unidad de hecho [unidad de acción] con lesiones seguidas de muerte. Esto necesita ser discutido.

III. ¿PUEDE YA LA TENTATIVA INACABADA SOSTENER UN HECHO DOLOSO CONSUMADO, O SE NECESITA AÚN LLEGAR A LA TENTATIVA ACABADA?

Es antigua la tesis de que antes de la tentativa acabada todavía no existiría un dolo de consumación; esta tesis fue defendida ya antes por FRANK⁽⁹⁾. Pero recién últimamente ha encontrado numerosos seguidores⁽¹⁰⁾. El Tribunal Federal, en la sentencia de la inyección de aire, cita solamente a SCHROEDER y a JAKOBS⁽¹¹⁾ como si solamente ellos se apartaran de la opinión dominante, pero no ha considerado necesario, ni en esta sentencia ni en otro lugar, debatir con esta concepción.

Aquí solamente se mencionarán algunas voces representativas. Ya prematuramente WOLTER⁽¹²⁾ había fundamentado, de manera muy precisa, la posición contraria. Según él⁽¹³⁾, el fundamento penal del hecho doloso consumado es el ataque (acabado) especialmente peligroso (idóneo) e intenso contra el bien jurídico protegido. Es decir, “la tentativa peligrosa de

(9) FRANK, “Strafgesetzbuch”, 18va. ed., 1931, § 46 IV.

(10) KÜPER, a quien se remite para las citas detalladas, menciona 14 autores (entre ellos, algunos con muchas citas); ver *ZStW* 112 (2000), p. 35. Comp. también las ref. en ROXIN, “Strafrecht AT”, t. II, 1ra. ed. 2003, § 29, n. marg. 62 y 74.

(11) SCHROEDER, en: “Leipziger Kommentar”, 11ra. ed. a partir de 1992, § 16, n. marg. 34; JAKOBS, “Strafrecht AT”, 2da. ed., 1991, cap. 8, n. marg. 76.

(12) WOLTER, LH a Leferenz, 1983, p. 562 y ss.; ya antes, en *ZStW* 89 (1977), p. 700.

(13) WOLTER (nota 12), p. 563.

llegar al resultado, responsable y dolosamente llevada a cabo. El autor tiene que saber y su responsabilidad tiene que sostener el que se hubiera hecho todo lo necesario para la consumación. Solamente esta tentativa máxima, como base de la consumación objetivamente imputable, justifica la pena del hecho doloso consumado”. El riesgo de ser penado por consumación se debería “solamente imponer contra aquel autor que hubiera mantenido el dolo y la culpabilidad hasta la completa puesta en marcha de su plan del hecho y, con ello, hasta la terminación de su tentativa”⁽¹⁴⁾.

Entonces, la razón para negar la pena por consumación cuando se desatara anticipadamente el resultado en la etapa de la tentativa radicaría en “que el autor, según su representación, no crea aún una situación de peligro de la cual pueda desarrollarse independientemente el resultado típico”⁽¹⁵⁾. Por ello, la tentativa inacabada sería “un ser delictivo defectuoso”, un simple “fragmento de dolo” en relación con la tentativa acabada⁽¹⁶⁾, un “dolo inicial” o un “dolo de tentativa”⁽¹⁷⁾, que debería ser diferenciado del dolo de consumación que recién aparece con la terminación de la tentativa.

De manera similar argumenta esto una concepción que se basa en que el autor solamente actuaría dolosamente cuando se realizara un riesgo del cual él es consciente. Ello faltaría cuando el disparo, en contra de la representación del autor, se soltara anticipadamente o cuando la víctima –en nuestro caso resuelto por el Tribunal Federal– no muriera debido a la inyección de aire sino a los golpes “en el sector de la cabeza y el cuello”. “El autor –dice JAKOBS⁽¹⁸⁾– no conoce, pues, en las configuraciones de casos descritos las condiciones del resultado, de manera que no realiza un riesgo que él conoce”. El autor, tal como también enfatiza FRISCH⁽¹⁹⁾, se ha “decidido aquí solamente a actuar para crear un riesgo que –mediante

(14) WOLTER (nóta 12), p. 565.

(15) KÜPER, *ZStW* 112 (2000), p. 36.

(16) Ambas expresiones en STRUENSEE, LC a Armin Kaufmann, 1989, p. 538.

(17) KÜPER, *ZStW* 112 (2000), p. 36.

(18) JAKOBS, “Strafrecht AT”, cap. 8, n. marg. 76; igualmente SCHROTH, “Vorsatz und Irrtum”, 1998, p. 98 y s.

(19) FRISCH, “Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges”, 1988, p. 623.

la relación de la acción con las acciones que en realidad han sido vistas como hechos de homicidio— basta como riesgo desaprobado en el sentido del delito de tentativa”.

También se intenta hacer valer el tenor de la ley para que el dolo suficiente para la consumación se presente recién con la tentativa acabada. El “conocimiento” en el cual el art. 16, primer párrafo (del StGB alemán), se centraría para el dolo, tendría que referirse a algo real, mientras que, según el art. 22, la “representación” suficiente para la tentativa podría abarcar también lo irreal⁽²⁰⁾. Recién cuando el autor suelte los acontecimientos de su mano, tendría “el conocimiento (art. 16, primer párrafo) de cometer una acción típica y no meramente la representación de intentarlo”⁽²¹⁾.

Finalmente, el rechazo a una consumación dolosa cuando el resultado, se hubiera desencadenado en el estadio de la tentativa acabada también se deduce de consideraciones “normológicas”⁽²²⁾. “La norma de conducta del art. 212 (‘no mates’) recién es lesionada por aquél que suelta de sus manos los acontecimientos. Pero quien cree que solamente está anestesiando a su víctima, aun cuando quiera matarla después, todavía no es consciente de ninguna infracción contra la verdadera prohibición de matar. Recién quien lleva los hechos tan lejos que, desde su perspectiva, por sí mismos van a llevar al resultado, atenta contra la verdadera prohibición de cometer el hecho”⁽²³⁾.

Entonces, uno se encuentra frente a una intimidante falange de autores y argumentos cuando quiere defender al Tribunal Federal contra una concepción en pleno avance que dicho Tribunal ni siquiera ha incluido todavía en sus consideraciones. De cualquier modo, esto va a intentarse, sobre todo porque la opinión dominante que sigue al Tribunal Federal hasta ahora ha replicado poco a sus opositores.

(20) SCHLEHOFER, “Vorsatz und Tätabweichung”, 1996, pp. 19-20.

(21) SCHLIEBIETZ (nota 1), p. 66.

(22) STRUENSEE (nota 16), pp. 523 y 337.

(23) SCHLIEBIETZ (nota 1), siguiendo a Struensee.

Sin duda es una correcta “descripción del fenómeno”⁽²⁴⁾ afirmar que en caso de una causación adelantada del resultado en el estadio de la tentativa inacabada, tanto la acción objetiva de ejecución como el dolo que la acompaña se ven acortados. Pero se trata de una cuestión normativa el si este acortamiento impide la imputación del resultado al dolo en caso de una intención del autor dirigida a la realización del tipo. Esta cuestión no puede solucionarse ni indicando diferencias ónticas ni a través de construcciones que anticipen la conclusión. Y es que es tan posible construir una diferenciación entre dolo de tentativa y dolo de consumación, como también admitir un dolo unitario de realización típica que vaya desde el comienzo hasta la terminación de la tentativa, y para el cual un desencadenamiento anticipado del resultado aparezca como una desviación causal. El si deba preferirse una u otra construcción, es una cuestión de valoración político-criminal.

Bajo puntos de vista normativos, me parece que la cuestión central es si entre la tentativa inacabada y la acabada existe una diferencia de injusto y de culpabilidad que obligatoriamente lleve a las consecuencias postuladas por los detractores de la opinión dominante. Esto debe ser rechazado por diferentes motivos.

En primer lugar, ciertamente habrá hecho menos quien no hubiera “aguantado” hasta la tentativa acabada. Pero, la realización típica, después de todo, ha surgido de manera objetivamente imputable de una tentativa inacabada que contiene el peligro de llegar al resultado. En la mayoría de las tentativas recién el último acto parcial de la acción ejecutiva (coger el bien que se quiere hurtar, la puñalada con el cuchillo) puede llevar al resultado. Pero si la tentativa acabada contiene el peligro del resultado –y solamente se trata de esos casos–, entonces, la tentativa inacabada tiene otra calidad. En aquella etapa donde ya puede desatarse un curso causal –por sí solo o por un descuido o como consecuencia de un empleo masivo de violencia–, el autor, en tanto el resultado se produzca de esa manera, ya no ha tenido en sus manos los acontecimientos del mismo modo que en el caso de la tentativa acabada. Luego, ambos casos se encuentran muy cerca uno del

⁽²⁴⁾ KÜPER, *ZStW* 112 (2000), p. 36.

otro y se diferencian solo en que el delincuente, en la tentativa inacabada, no suelta conscientemente el curso causal.

Pero esta diferencia no justifica un tratamiento diferente cuando el plan del autor se realiza de manera equivalente al desatarse anticipadamente el resultado. Si el autor ha pensado que ya un acto violento, anterior al último acto parcial avistado, podría llevar al resultado, si esto ocurriera, en todo caso se presentaría una causación consumada del resultado con dolo eventual pese a la anticipación. ¿Por qué tendría que ser diferente solo por el hecho de que el autor no ha pensado en algo para lo cual no tenía ningún motivo puesto que ello le pudo ser indiferente ante la posibilidad de que el plan se realizara de cualquier modo?

La posición contraria, defensora del dolo especial de consumación, exige un deshilachamiento psicológico del dolo que no está cubierto normativamente. Pero centrarse en ideas que se quedan en lo interno, además de su incorrección normativa, es impracticable. Y es que la cuestión de si los autores, p. ej. en el caso de la inyección de aire, al dar golpes a la cabeza y el cuello de la víctima han pensado en el posible carácter mortal de estos golpes, no puede esclarecerse empleando medios forenses. Aun cuando ellos hubieran pensado eso e internamente lo hubieran dejado de lado con un “qué más da”, dentro del proceso penal solamente les bastaría con afirmar que no habían pensado en ello para escapar a una punición por homicidio consumado. Por cierto que SCHLIEBIETZ⁽²⁵⁾ replica a esta argumentación con la conocida objeción “de que el derecho material no estaría a disposición de una diligencia de pruebas sin dificultades”. Pero el derecho material tiene que delinear consecuencias correctas; esto no puede ocurrir cuando sus consecuencias jurídicas dependen de circunstancias que no pueden probarse y que son irrelevantes para la valoración de los acontecimientos.

La argumentación que aquí se expone se apoya también en el hecho de que el legislador trata por igual a la tentativa inacabada y a la acabada. Él no está obligado a hacerlo. Si hubiera sido de la opinión de que la tentativa inacabada se basaría en un dolo totalmente diferente y menos importante

(25) SCHLIEBIETZ (nota 1), p. 75.

que el de la tentativa acabada, hubiera tenido que prever una atenuación obligatoria de pena para el primer caso, tal como también exigen algunos defensores de la tesis del dolo de consumación⁽²⁶⁾. Pero el legislador no ha hecho esto y, con ello, ha rechazado implícitamente la posición contraria. Lo anteriormente expuesto y lo que todavía viene va a demostrar que el legislador ha tenido buenas razones para ello.

En segundo lugar, viendo las cosas con más detenimiento, tampoco convence tanto la idea de que solamente merecería la pena de consumación aquel que “ha mantenido el dolo y la culpabilidad” hasta la terminación de la tentativa (WOLTER). Es cierto que se tiene que considerar a favor de aquel que hubiera desatado el resultado, sin querer, en el estadio de la preparación, el hecho de que todavía “no había ocurrido nada” y que pudo haber cambiado de opinión en cualquier momento. Pero el autor de la tentativa se ha preparado (dispuesto) de manera inmediata, ha pasado la “prueba de fuego de la situación crítica” y, como formula el Tribunal Federal, ha sobrepasado el “umbral del ‘ahora es cuando’ [o, de manera más literal: ‘ahora comienza’]”. No se tiene que exigir más capacidad de aguantar. Ciertamente el sujeto, teóricamente, todavía hubiera podido dar marcha atrás⁽²⁷⁾; algo que quedará sin embargo como mera teoría debido a la falta de puntos exteriores de referencia. No obstante, por un lado, a menudo es posible también un desistimiento de la tentativa acabada, de manera que en tal medida no existe ninguna diferencia. Y, por otro lado, el autor que se encuentra en el estadio de la tentativa inacabada no tiene derecho a que quede intacta para él la posibilidad del desistimiento, tal como muestra el caso de la tentativa fracasada.

El “mantener” tampoco puede ser un punto de vista decisivo en la imputación al dolo porque, a menudo, también puede probarse que existe este dolo cuando el resultado se produjera ya mediante una acción en el estadio de la tentativa inacabada. Así, en el caso de la inyección de aire decidido

(26) Armin KAUFMANN, *ZStW* 80 (1968), p. 51 y ss.; WOLTER (nota 12), p. 564.

(27) No se va a tratar aquí con más detalle la cuestión igualmente muy polémica de si es posible un desistimiento cuando el resultado se produjera en el estadio de la tentativa inacabada. Cfr. al respecto, ROXIN, “*Strafrecht AT*”, t. II, § 30, n. marg. 113 y ss.

hace poco por el Tribunal Federal, si bien la víctima se había asfixiado como consecuencia de los maltratos anteriores, los autores, no obstante, habían aplicado la inyección de aire, o sea, habían realizado su plan por completo y en el sentido de una “tentativa máxima”. Lo correspondiente rige también para otros *leading cases* en este ámbito: el autor (en el fallo citado en “Deutsches Strafrecht” de 1939, p. 177) que quería matar a su esposa, adormeciéndola primero y luego arrojándola desde un tren en marcha, llegó a ejecutar completamente este plan, incluido el arrojar desde el tren, si bien existía la posibilidad de que la mujer hubiera muerto debido a las lesiones que se le infligieron antes. También en el caso del Tribunal Federal (GA 1955, p. 123), los autores habían colgado todavía a la víctima, aunque esta ya había muerto –lo que los autores no notaron– debido al estrangulamiento que había sufrido antes. Entonces, en todos estos casos, incluso desde el punto de vista de la opinión aquí criticada había un desvalor imputable del resultado y un pleno desvalor de la acción. Frente a esto, admitir una mera tentativa resulta rebuscado, poco realista.

Además debe pensarse que también la tentativa acabada, a menudo, exige todavía un “mantener”. Quien, con la intención de matar, da a su víctima un veneno que desarrolla sus efectos recién dentro de tres meses y que puede ser neutralizado con un antídoto en cualquier momento (incluso según la doctrina del dolo de consumación para la cual indudablemente habría dolo), dicho autor tiene de facto que mantener su resolución todavía tres meses. No hace ninguna diferencia el que esto ocurra por omisión puesto que ello, por razón de la injerencia, equivale a un hacer. Si, en contra de lo que se espera, la víctima muriera envenenada ya después de un mes, sin duda habría un homicidio doloso consumado, pese a que todavía faltaría un trozo de “voluntad de mantener”. ¿Y entonces por qué debería ser esto básicamente tan diferente en el caso de la tentativa inacabada?

En tercer lugar, finalmente, tampoco se puede decir siquiera que la tentativa acabada sea siempre más peligrosa que la inacabada o que manifieste una mayor energía criminal. El caso de la inyección de aire provee un buen ejemplo de que los maltratos mortales realizados en el estadio de la tentativa inacabada eran mucho más peligrosos que la inyección de

aire que terminó la tentativa, inyección que, en la forma prevista, era un medio inidóneo para matar.

Y quien deja anticipadamente de golpear a su víctima, porque considera posible que las lesiones hasta ahora infligidas llevarán ya a la muerte, no revela una mayor energía criminal que aquel que continúa golpeando sin pensar en que los maltratos hasta entonces infligidos eventualmente habían causado ya la muerte. ¿Por qué debería descargársele cuando más tarde se descubriera que ya uno de los primeros golpes había sido mortal?

Si se ponderan, en su totalidad, todos estos aspectos aquí resumidos en tres puntos de vista guías, entonces aparece apropiado admitir todavía un hecho doloso consumado también en caso de un resultado desencadenado mediante una tentativa inacabada, siempre que el curso causal pretendido y el real sean equivalentes, de manera que, bajo una valoración objetiva, los hechos se manifiesten como realización del plan del autor. Tal realización del plan se presenta primero cuando el resultado se produce de la manera pretendida, si bien a través de un acto anticipado (un disparo que se suelta tempranamente, un golpe anterior). Pero también se presenta esta realización del plan cuando el resultado se produce de una manera exteriormente distinta, tal como ocurrió en las tres sentencias determinantes de la jurisprudencia: la víctima no muere por la caída del tren sino debido a la anestesia que se le aplicó antes; ella no muere ahorcada sino por las circunstancias colaterales de su detención, o no muere por una inyección de aire sino por los maltratos que debían ponerla en estado de indefensión. Y es que en los tres casos el curso causal real no merece una valoración distinta que la del curso causal pretendido. La desviación también era indiferente para los propios autores. Y es que si en el caso decidido por el Tribunal del Reich (*Deutsches Strafrecht* 1939, p. 177), se iba a simular una muerte accidental arrojando a la víctima desde el tren, esto también era posible si la víctima hubiera muerto antes, dado que las lesiones infligidas, en uno y en otro caso, quedarían visibles. También en los otros dos hechos (sentencias del Tribunal Federal publicadas en: *GA* 1955, p. 123; *NStZ* 2002, p. 475) interesaba a los autores, en primer lugar, la muerte y no la forma concreta de su causación.

Solamente es diferente cuando el desencadenamiento anticipado del resultado o bien ni siquiera es imputable (la víctima es alcanzada por un rayo inmediatamente antes de que se produzca el disparo mortal), o bien ya no es comprendido por la dimensión normativa del plan del autor (la víctima iba a recibir solamente una bofetada, pero resulta gravemente herida por el disparo que se escapa del revólver que el autor llevaba en su pistolera). Aquí solamente se presenta una tentativa dolosa de homicidio o una tentativa dolosa y una lesión corporal imprudente.

Si se siguen las reflexiones expuestas, se solucionan por sí mismos los problemas de construcción. El que, al desencadenarse anticipadamente el resultado en el estadio de la tentativa, se realice un riesgo distinto del representado solamente puede decirse cuando sea establecida una diferencia cualitativa entre la tentativa inacabada y la acabada que no esté justificada normativamente. Si se sigue la opinión aquí defendida, debe verse el intervalo comprendido entre el comienzo y el final de la tentativa como un riesgo único que, bajo una realización adecuada al plan, justifica una imputación del resultado al dolo.

De manera parecida ocurre con el “conocimiento” en el sentido del art. 16, primer párrafo [referido al error de tipo]. Si uno admitiera ya un “cometer” desde que se entra al estadio de la tentativa, no tiene sentido diferenciar entre conocimiento de la tentativa y de la comisión. Más bien, el art. 16, primer párrafo, es válido para toda la fase de la ejecución de manera que no puede aplicarse, p. ej., al error producido en el estadio de la tentativa inacabada, el art. 22 [referido a la definición de la tentativa]⁽²⁸⁾.

Finalmente, tampoco la “lógica normativa” proporciona un argumento teleológicamente válido. Solamente quien artificialmente separe tentativa y consumación puede afirmar que el autor decidido a asesinar a su víctima no atentaría aún, en el estadio de la tentativa inacabada, contra la prohibición de matar. En vez de ello se tendrá que decir que la prohibición de matar también abarca la prohibición de intentar matar. Con razón

⁽²⁸⁾ Sentando las bases al respecto, HILLENKAMP, LH a Roxin, 2001, p. 689 y ss.

enfatisa TIEDEMANN⁽²⁹⁾ que contradiría “tanto la tradición de la teoría de las normas como también cualquier contenido normológico razonable querer estatuir, p. ej., una norma de conducta que diga: ‘no intentes matar’. La misma determinación de conductas es conseguida ya por la norma ‘no mates’, porque, como es sabido, no existe una tentativa cuando el dolo no se ha dirigido a la consumación”.

IV. SOLUCIONES DIFERENCIADORAS

También se han formulado propuestas que discurren entre los claros frentes formados por la solución de la tentativa y la solución de la consumación. Así VON SCHEURL⁽³⁰⁾ busca centrarse en si los actos parciales, de los cuales uno de ellos lleva anticipadamente a la tentativa, son separables o no. Si el disparo mortal se escapara ya al levantar abruptamente el arma, habría una tentativa dolosa consumada porque los acontecimientos han sido ejecutados “en un movimiento” y “no debido a resoluciones diferentes y renovadas”. Si, por el contrario, el autor quisiera matar a la víctima dándole diferentes dosis de veneno en diferentes oportunidades, entonces solamente habría una tentativa cuando ya una de las primeras porciones lleva al resultado: “El desvalor de la acción todavía no esta totalmente presente”.

De esto es cierto que, en caso de una unidad natural de la acción entre levantamiento abrupto y presionar el gatillo o entre numerosos golpes consecutivos, no resulta especialmente realista ni normativamente adecuado separar entre dolo de tentativa y dolo de consumación. Pero aun cuando el autor, en vez de matar a su víctima –como esperaba– con la quinta porción de veneno lo haga ya con la cuarta, rigen todas las razones que arriba se han hecho valer para admitir un hecho doloso consumado. El supuesto menor desvalor de la acción no justifica la diferenciación; además, no está libre de arbitrariedad la diferenciación entre actos parciales separables e inseparables⁽³¹⁾. En los casos antiguos de la jurisprudencia VON SCHEURL

(29) TIEDEMANN, LH a Baumann, 1992, p. 11.

(30) VON SCHEURL, “Rücktritt vom Versuch und Tatbeteiligung mehrerer”, 1972, pp. 48-49.

(31) Así también SCHLIEBIETZ (nota 1), p. 59.

pretende ver las lesiones de la víctima y la acción seguida de arrojarla del tren o colgarla como una unidad inseparable, admitiendo con ello un hecho consumado. Desde el punto de vista aquí defendido, esto es correcto como resultado final. Pero no puede responderse con claridad si el acto final puede separarse de las lesiones que lo precedieron.

PUPPE⁽³²⁾ se centra en si el autor ha reconocido el “peligro de dolo”, lo que, según ella, ocurriría cuando hubiera reconocido tantos factores fundadores del peligro que, según las reglas de cuidado vigentes, estaba obligado a contar con la posibilidad de que se produjera el resultado⁽³³⁾. Según ello, las lesiones que le hubieran sido infligidas a la víctima en los tres precedentes arriba tratados y que han causado la muerte fundamentarían, sin más, un homicidio consumado, pues, estas lesiones constituían un medio idóneo de matar, “para lo cual es una cuestión de su fuero interno [del autor] el hecho de si y cómo se ocupa de ello”⁽³⁴⁾.

Esto coincide en lo básico con la opinión arriba defendida, según la cual la tentativa contenedora del peligro de resultado fundamenta una imputación al dolo, aun cuando el autor no hubiera pensado en los efectos del acto parcial causante anticipadamente del resultado. Esta concepción también acierta, sobre todo, en su rechazo a un exagerado empleo de la sicología. Por cierto que no queda claro por qué PUPPE decide de manera distinta cuando el autor quería adormecer a su víctima con un somnífero antes de matarla, y esta muere anticipadamente debido a este somnífero al cual era alérgico. Según las circunstancias del caso concreto puede aquí tratarse de un curso causal imprevisible (de manera analógica a los casos de hemofilia), en los cuales se descarta ya la imputación objetiva. O si no ocurre que el autor, según cómo se presenten los hechos, tuvo que contar desde el inicio con un efecto mortal de las tabletas. Pero entonces, también según las premisas de PUPPE, debería admitirse un homicidio doloso porque el empleo de las tabletas constituía un método idóneo para matar⁽³⁵⁾.

(32) PUPPE, “Vorsatz und Zurechnung”, 1992.

(33) PUPPE (nota 32), p. 28 y ss., 39 y ss.

(34) PUPPE (nota 32), p. 39.

(35) Cfr. al respecto también SCHLIEBIETZ (nota 1), página 61 y ss., con similar crítica.

V. RESUMEN

Entonces resulta que, al final, son correctas las dos sentencias recientes del Tribunal Federal (ver NStZ 2002, p. 309, 475) sobre el desencadenamiento anticipado de cursos causales que provocan el resultado. Pero ellas necesitan aún una fundamentación más profunda. Sobre todo falta hasta ahora una mayor discusión con la concepción en expansión, según la cual solamente puede existir un hecho doloso consumado cuando el autor termine la tentativa y hubiere soltado de sus manos, conscientemente, el curso causal. La concepción tradicional que aquí se defiende, la cual, también en caso de un desencadenamiento anticipado en el estadio de la tentativa, explica un hecho consumado a partir de la irrelevancia de las desviaciones causales anteriores, intenta recuperar esta fundamentación y remite, con ello a un problema fundamental más profundo de nuestra dogmática: así como la imputación al tipo objetivo es más que un problema causal, así también la imputación al dolo es más que un resultado psicológico.

Acerca de la normativización del *dolus eventualis* y la doctrina del peligro de dolo (*)



I.- Durante mucho tiempo el dolo, y con él el dolo eventual, han sido vistos como elementos puramente descriptivos. Esto se entiende por sí solo en el finalismo, para el cual el dolo se debe a datos estructurales del ser previos e indisponibles. Pero también los criterios usuales del dolo tales como “conocer y querer”, y las características empleadas para el *dolus eventualis* han sido formulados como datos síquicos, sin importar si se recurre a una representación de posibilidad o probabilidad del autor a una aprobación del posible resultado, a un tomar en serio esta posibilidad, a un conformarse con ello, o a una decisión a favor de una posible violación del bien jurídico. Los datos empíricos del tipo, previamente esclarecidos solo a través de algunos ejemplos, únicamente con algunos ejemplos, hacen como criterio de la delimitación a juicios puramente cognitivos, como la admisión de determinada probabilidad de que se produzca el resultado; en parte exigen, además de la representación de una posible producción del resultado, factores volitivos adicionales, tales como el

(*) Título original: “Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr”. Se publicó, en su versión alemana, en el Libro Homenaje a Rudolphi, Múnich, 2004, p. 243 y ss.

contar aprobatoriamente con que se produzca el resultado, el tomar en serio el peligro, el conformarse con este o la decisión a favor de una posible lesión del bien jurídico.

Últimamente se ha relativizado cada vez más, a través de parámetros normativos, la subdivisión entre doctrinas delimitadoras cognitivas y volitivas⁽¹⁾. Quiero aclarar esto a partir de dos de las concepciones más divergentes, en cuya discusión me voy a concentrar en lo que sigue.

La primera es defendida, con perspicacia y apasionamiento, desde hace más de diez años, en numerosas publicaciones, por Ingeborg PUPPE⁽²⁾. Según esta autora, actúa con *dolus eventualis* quien establece un “peligro calificado”⁽³⁾ de que se produzca el resultado, o sea, un llamado peligro de dolo⁽⁴⁾: “Un peligro de dolo es ... aquel que solamente colocaría un autor razonable cuando se conformare con la producción del resultado, lo hiciere suyo, etc.”, cuando “un ser razonable aceptaría solamente bajo la máxima de que el resultado de lesión va a ocurrir o por lo menos podría ocurrir”⁽⁵⁾. La conducta del autor tiene que suponer una estrategia idónea para la realización del resultado⁽⁶⁾. Si esto es así, existe *dolus eventualis*, incluso si el autor no hubiera tomado en serio el peligro y hubiera confiado en un desenlace feliz. Quedan fuera de consideración “los mecanismos irracionales de asimilación del autor condicionados constitucional o situacionalmente”⁽⁷⁾. Luego, cuando alguien repele a su perseguidor apuntando y disparándole a

(1) Cfr., p. ej., las ref. en SCHÜNEMANN, “Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff”, en LH a Hirsch, 1999, p. 376.

(2) Solamente menciono los siguientes trabajos: “Der Vorstellungsinhalt des *dolus eventualis*”, ZStW 103 (1991), p. 1 y ss.; “Vorsatz und Zurechnung”, 1992, p. 35 y ss.; “Strafrecht als Kommunikation”, en LH a Grünwald, 1999, p. 469 y ss., 487 y ss.; “Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch”, 1995, § 15, n. marg. 17-155; “Strafrecht. Allgemeiner Teil”, t. I, 2002, § 16, pp. 290-320, n. marg. 1-48.

(3) PUPPE, ZStW (nota 2), p. 31.

(4) PUPPE, “Strafrecht A. T.” (nota 2), § 16, p. 314.

(5) PUPPE, ZStW (nota 2), p. 41.

(6) PUPPE, “Strafrecht AT” (nota 2); p. 316 y pássim.

(7) PUPPE, ZStW (nota 2), p. 33.

su tronco⁽⁸⁾, ha cometido una tentativa de homicidio o un homicidio con *dolus eventualis* “independientemente de si hubiera querido o no producir el resultado de lesión”. Lo decisivo es, entonces, el parámetro normativo y no la postura subjetiva del autor individual.

Representando a la posición contraria puede exponerse aquí, para no abundar, la que desarrollé hace 40 años⁽⁹⁾, la cual considera como criterio de delimitación determinante a “la decisión a favor de la posible lesión del bien jurídico”. Esta concepción ha encontrado una gran cantidad de adeptos famosos⁽¹⁰⁾; entre ellos también Hans Joachim RUDOLPHI⁽¹¹⁾, el venerable homenajeado, según quien “la decisión del autor a favor del injusto típico” representa “la esencia del dolo” y el elemento más importante “para cumplir con la forma de culpabilidad más grave”. Este punto de vista puede considerarse dominante en la actualidad, puesto que tal decisión (a favor del injusto) puede admitirse cuando se actúe pese a que se ha tomado en serio un peligro de realización del tipo, al conformarse con la posibilidad de la producción del resultado o también cuando “el autor, al conocer el riesgo, se apropiare de los elementos constitutivos del injusto”⁽¹²⁾. También la jurisprudencia del Tribunal Federal alemán, que –como es sabido– exige para el *dolus eventualis* un “contar aprobatoriamente” con el resultado, dice al final lo mismo.

Pero también estas teorías “volitivas” están experimentando una creciente normativización. Así, ya en mi manual⁽¹³⁾ se dice que el concepto de

(8) PUPPE denomina “los disparos dirigidos al tronco” como “típicos métodos de homicidio”; ver “Strafrecht AT” (nota 2), p. 315.

(9) ROXIN, “Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewubter Fahrlässigkeit”, JuS 1964, p. 53 (igual en: “Strafrechtliche Grundlagenprobleme”, 1972, p. 20). En la versión más reciente ver: “Strafrecht AT”, t. I, 3ra. ed., 1997, § 12, p. 372 y ss.

(10) Cfr. las ref. en ROXIN, “Strafrecht AT” (nota 9), § 12, n. marg. 23, nota 28.

(11) RUDOLPHI en “Systematisches Kommentar zum Strafgesetzbuch”, 7ma. ed., 2002, §16, n. marg. 4.

(12) En este sentido, SCHROTH, “Die Differenz von *dolus eventualis* und bewußter Fahrlässigkeit”, JuS 1992, p. 1 (7); y con más detalles en “Vorsatz als Aneignung der unrechts-konstituierenden Merkmale”, 1994.

(13) ROXIN, “Strafrecht AT” (nota 9), § 12, n. marg. 30.

decisión debería “juzgarse, como todos los conceptos jurídicos, no como un desnudo dato síquico, sino siguiendo parámetros normativos”. No se trataría de un acto volitivo reflexivo similar a una “resolución”. Quien, por indiferencia, no asumiere una posición al haber reconocido claramente la posibilidad de que se produciría el resultado y no apartare de su cometido, esta persona se habría decidido con ello en contra del bien jurídico protegido. RUDOLPHI⁽¹⁴⁾ admite sin más un *dolus directus*, una decisión a favor de la realización del resultado. “No se necesita aquí comprobar, de manera especial, el elemento volitivo del dolo”. Y aunque HASSEMER⁽¹⁵⁾ enfatiza que: “El dolo es la decisión a favor del injusto”, también dice: “Quien conoce todas las circunstancias perjudiciales y pese a ello actúe, no será escuchado cuando sostuviere que esto no se correspondía con su ‘decisión’”.

Y también para la jurisprudencia, en lo fundamental, rige lo mismo. En una ejecutoria del año 1971 (no publicada)⁽¹⁶⁾ que predominó en la jurisprudencia siguiente, donde según los hechos el autor había disparado, desde una distancia de metro y medio a dos metros, a la parte superior del vientre de la víctima, se admitió un homicidio con dolo eventual, dando como fundamento (fundamento que después apareció una y otra vez en sentencias posteriores) que el autor habría actuado pese a la peligrosidad exterior y habría dejado el resultado final en manos de la casualidad. La esperanza vaga de que el peligro no se fuera a realizar no podría excluir una aceptación ni una aprobación de la realización. No se trata con ello de comprobar hechos síquicos, sino de una interpretación de la conducta del autor en el sentido de aceptar el resultado, es decir, como decisión a favor de una posible lesión del bien jurídico.

II.- De todo ello resulta lo siguiente: existen acciones que tienen una peligrosidad tan grande que ellas solamente pueden ser entendidas como que –por lo menos– han sido realizadas bajo un dolo eventual, dando lo mismo el si la delimitación entre *dolus eventualis* e imprudencia consciente

(14) RUDOLPHI (nota 11), § 16, n. marg. 37.

(15) HASSEMER, “Kennzeichen des Vorsatzes”, en LC a Armin Kaufmann, 1989, pp. 309 y 299.

(16) Aquí se cita siguiendo a KÖHLER, JZ 1981, p. 36.

se lleva a cabo siguiendo criterios cognitivos o criterios volitivos. Y es que tanto en el “peligro de dolo” como en la “decisión” se trata, en última instancia, de un parámetro normativo que, en los casos de la mayor culpabilidad evidente, llevan a admitir una conducta dolosa.

Con todo, los parámetros son diferentes y, en casos menos claros, también llevan a soluciones divergentes. La diferencia central radica en que la doctrina del peligro de dolo solamente emplea para la delimitación un único elemento de los hechos: la magnitud reconocida de la peligrosidad, magnitud que se somete a la valoración de un juzgador razonable. En cambio, la teoría de la decisión toma como base para la evaluación a todo el curso de los acontecimientos y plantea la cuestión de si, al sopesar todas las circunstancias del caso particular, la conducta del autor puede ser interpretada de tal manera que el actor –así sea impulsado por la necesidad o de manera eventual– se ha decidido en contra del bien jurídico protegido, o si resulta plausible admitir que ha confiado en un desenlace feliz. En ello juegan un papel importante los elementos síquicos, incluso más allá de la estimación del peligro. Si, p. ej., mediante declaraciones de testigos, se pudiera probar que el autor había calculado conscientemente el resultado, entonces coinciden el dato síquico y la evaluación normativa en cuanto a que debe admitirse un *dolus eventualis*. En caso contrario, tiene que extraerse de toda la conducta del autor, el si sería posible imputársele el dolo en el sentido de una decisión a favor de una posible lesión del bien jurídico.

La diferencia puede aclararse con un caso práctico. En los hechos en los que se basó la sentencia del Tribunal Federal alemán (ver NStZ 1988, p. 175)⁽¹⁷⁾ el inculpado, que “era un padre cariñoso y sensible y rechazaba los castigos corporales como método educativo” cuando se trataba de sus dos hijos pequeños, también había cuidado en varias oportunidades y de la misma manera al hijo de su novia, Sven, que tenía un año de edad. También en la noche en que ocurrieron los hechos, había cuidado bien a Sven. Pero entonces, enojado por los gritos del niño, le había golpeado varias veces en la cabeza y después le había dado de comer un plátano.

(17) Al respecto, SCHUMANN, quien, sin embargo, no trata el aspecto normativo y solamente se basa en las circunstancias cognitivas; ver JZ 1989, p. 427 y ss.

Cuando aparentemente Sven se puso a gritar otra vez, el inculpado, que tenía la formación de karateca, había “golpeado fuertemente una vez con el borde de la mano contra la parte posterior del cráneo y la sien” del niño. El niño murió debido a este golpe. Los “intentos torpes de reanimación” que realizó el inculpado no tuvieron éxito.

¿Esto fue un homicidio con *dolus eventualis* o un homicidio imprudente grave y consciente? Aquí tendría que admitirse por cierto un peligro de dolo⁽¹⁸⁾, de manera que el caso se decide rápida y sencillamente en el sentido de un homicidio. Por el contrario, el Tribunal Federal tiende a admitir solamente un homicidio imprudente: “Con el conocimiento de la peligrosidad de su conducta todavía no se ha dicho que el autor también hubiera aceptado la producción del resultado, que se hubiera conformado interiormente con él”. En contra de esta suposición arguye el Tribunal con numerosas circunstancias personales y situacionales: que el inculpado “nunca antes había mostrado similares acciones violentas y que, en lo fundamental, también se había comportado cuidadosamente con Sven”; la “excitación afectiva” del inculpado; las anteriores atenciones adecuadas de Sven, incluso en la misma noche de los hechos; la alimentación con el plátano llevada a cabo en el intermedio entre los dos actos de maltrato; y finalmente, los intentos de reanimación.

Efectivamente, las circunstancias narradas, al hacer un juicio de valor, pueden justificar la conclusión de que el inculpado no habría pensado seriamente en que Sven podría morir como consecuencia de los golpes que le dio ni se habría decidido eventualmente por la muerte de este. Junto a las ya tratadas circunstancias, también habla en contra de imputar la decisión a favor de un homicidio, sobre todo el hecho de que el inculpado no tenía ningún motivo comprensible, ni siquiera se puede entender motivo alguno proveniente de la estructura de su personalidad, mientras que las razones más fuertes hablan más bien en contra de un homicidio doloso: aparte

(18) Por lo visto, así también opina PUPPE, aunque no lo diga expresamente pese a tratar detalladamente el caso; ver “Strafrecht AT” (nota 2), n. marg. 19, p. 302 y ss. Pero en otro lugar aboga por un claro dolo de homicidio; ver Nomos Kommentar (nota 2), §15, n. marg. 96.

del umbral inhibitorio especialmente elevado en el homicidio doloso, que siempre es enfatizado por el Tribunal Federal, también el descubrimiento seguro tras el inminente e inmediato retorno de la amiga e, igualmente, el rompimiento de su relación con ella que con seguridad podía esperarse. Luego, la falta de una decisión a favor de un posible homicidio del niño se deduce de la situación total con todas sus circunstancias exteriores y no de las reflexiones del autor, las cuales probablemente ni siquiera ha tenido y que, en todo caso, tampoco pueden ser reconstruidas por el forense.

En la literatura está encontrando un creciente número de seguidores el procedimiento aquí practicado y, en general, seguido por la jurisprudencia reciente, procedimiento que consiste –una vez más– en deducir la postura del autor hacia el bien jurídico tutelado (que lleve a fundamentar un dolo o una imprudencia) partiendo de un “panorama global de todas las circunstancias objetivas y subjetivas del hecho” (BHG, s. penal, t. 36, p. 10), para superar así la antigua discusión teórica. KRAUSS⁽¹⁹⁾ ha enfatizado hace más de 25 años que la delimitación entre dolo e imprudencia “no sería primero un problema de penetración psicológica de hechos síquicos sino un problema de configuración normativa de tipos en relación con actos sociales fallidos [soziale Fehlleistungen]”. Se trataría de “cuándo la postura psicológica presenta al actor como un autor de agresiones en el sentido de los tipos dolosos”. La delimitación sería “un problema de estimación social de determinados hechos psicológicos, expresados objetivamente⁽²⁰⁾ en una acción”.

Una década más tarde, HASSEMER⁽²¹⁾, recepcionando las concepciones de KRAUSS, U. SCHROTH⁽²²⁾ y también la mía, ha continuado el desarrollo de “las calificaciones normativas del dolo” y les ha atestiguado el “haber dejado tras de sí la alternativa paralizante de las corrientes cognitivas y

(19) KRAUSS, “Der psychologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht”, en LH a Bruns, 1978, p. 11 y ss. (26-27).

(20) La cursiva es de KRAUSS.

(21) HASSEMER (nota 15), p. 289 y ss.

(22) SCHROTH (nota 12).

volitivas de la doctrina del dolo⁽²³⁾. Este autor propaga una teoría de indicadores que permite comprender el contenido de culpabilidad mayor del dolo, el cual, a diferencia de la imprudencia sería “un modo destacado del ‘tener la culpa’ [Dafür-Können]”⁽²⁴⁾. El dolo se podría “deducir solamente a través de indicadores”⁽²⁵⁾. La conclusión que lleva a admitir el dolo no estaría permitida ya “a partir de un solo indicador en los acontecimientos exteriores, sino recién a partir de un cúmulo ordenado de indicadores (y contraindicadores), los cuales pueden deducirse desde la ratio de la punibilidad del dolo: se puede comprender por qué la peligrosidad objetiva de una situación no implica la correspondiente representación del actor cuando hubieran indicadores a favor de una percepción reducida; y se puede comprender por qué la representación correcta del actor acerca de la peligrosidad de la situación no fundamenta el dolo cuando hubieran indicadores de una motivación que diverge del caso normal”. No sorprende que HASSEMER, basándose en tal concepción denomine al fallo arriba tratado del Tribunal Federal como “un buen ejemplo de un trato diferenciado con indicadores del dolo”⁽²⁶⁾.

Finalmente, otra década más adelante, SCHÜNEMANN⁽²⁷⁾ ha desarrollado un “concepto tipológico del dolo”, el cual, pese a alguna crítica que hace su autor a sus antecesores⁽²⁸⁾, según los hechos objetivos, se ubica en la misma línea que ellos. SCHÜNEMANN concibe el dolo como un “concepto de *typus*”, el cual “reúne tanto elementos subjetivos como objetivos”⁽²⁹⁾. Las fórmulas empleadas para designar los componentes volitivos (tomar en serio, conformarse, etc.) no son para él⁽³⁰⁾ “un fenómeno de la consciencia

(23) HASSEMER (nota 15), p. 295.

(24) HASSEMER (nota 15), p. 296.

(25) HASSEMER (nota 15), p. 304.

(26) HASSEMER (nota 15), p. 308, nota 90.

(27) SCHÜNEMANN (nota 1), p. 363 y ss.

(28) En contra de SCHROTH (nota 1), p. 368 y ss.; en contra de ROXIN (nota 1), p. 371, nota 29; en contra de HASSEMER (nota 1), p. 376.

(29) SCHÜNEMANN (nota 1), p. 366.

(30) SCHÜNEMANN (nota 1), p. 367.

que pueda describirse de manera exacta, sino son, en realidad, valoraciones cortadas de hechos globales, a saber, de la situación total del hecho, que reúne componentes objetivos y subjetivos, y de la sique del autor". Para admitir el conocimiento de la mera posibilidad de lesión tendrían que "añadirse más momentos de desvalor a fin de que se presente una manifestación suficientemente fuerte del elemento actitud interna"⁽³¹⁾; esto es que el autor, además del dominio del hecho, también avizore la mayor culpabilidad del autor doloso, decisiva para él, en relación con la imprudencia. SCHÜNEMANN menciona las "características particulares del *tipus del dolo*" (o sea, los indicadores en el sentido de HASSEMER), lo que jugarían un papel importante, junto con la estimación del peligro, en la estimación de la conducta como dolosa⁽³²⁾. La similitud de su concepción con las opiniones anteriormente expuestas se muestra también en que él también opina que la jurisprudencia habría, "por sus resultados finales, practicado siempre, si bien sin un concepto teórico útil pero bajo una intuición práctica totalmente correcta, el concepto tipológico de dolo".

También RUDOLPHI⁽³³⁾ señala, indicando otros autores que argumentan en esta dirección, que sería inevitable "deducir, recurriendo a reglas generales de la experiencia, la actitud interna del autor de los hechos objetivos reconocidos por éste". En ello también se escondería un poco de normativización porque el "deducir" constituye al mismo tiempo un valorar.

III.- Luego, se puede decir que al "normativismo cognitivo", tal como es defendido ilustrativamente por la doctrina de PUPPE del peligro de dolo, se opone un "normativismo volitivo", tal como, en los hechos defiende la jurisprudencia y como también siempre se destaca claramente en la literatura bajo diferentes formas de manifestación.

Mi defensa de la segunda vía se basa en la premisa de que la realización dolosa y la imprudente no solamente representan distintos tipos de injusto sino que, entre el dolo y la imprudencia también existe una diferencia

(31) SCHÜNEMANN (nota 1), p. 374.

(32) SCHÜNEMANN (nota 1), p. 372.

(33) RUDOLPHI (nota 11), § 16, n. marg. 46.

de culpabilidad, la cual legitima la mucho mayor punibilidad del hecho doloso⁽³⁴⁾. Pero una valoración adecuada de la culpabilidad del autor requiere incluir todas las circunstancias relevantes a la culpabilidad y no puede contentarse con un solo criterio –por cierto, importante– como el del “peligro de dolo”. Con razón dice HASSEMER⁽³⁵⁾: “La ratio de la punibilidad del dolo y la crítica a una objetivización esquemática de la doctrina del dolo excluyen la expectativa de que el dolo ... pueda ser representado ... solamente por un único indicador”.

Esto también puede ser demostrando tomado el caso del Tribunal Federal que sirvió de punto de partida para nuestra exposición. También PUPPE⁽³⁶⁾ parte de que la mayor culpabilidad que se manifiesta en el dolo legitimaría su mayor punibilidad. Ella opina que precisamente el peligro de dolo y solamente este peligro “representa aquella magnitud de indiferencia practicada contra bienes jurídicos ajenos, que fundamenta el grave reproche de culpabilidad del dolo”. No obstante, los hechos que hemos expuesto demuestran que, al considerar todas las circunstancias relevantes a la situación y a la motivación (padre cariñoso; básicamente confiable, también en la noche de los hechos, en cuanto a cuidar niños; excitación afectiva, intentos de reanimación) se relativiza la indiferencia indiciada empleando el peligro de dolo y ya no alcanza aquella “magnitud” que justifica la admisión de un grave reproche de culpabilidad.

Estas circunstancias atenuantes de la culpabilidad solamente pueden ser procesadas en el marco de la imputación de la culpabilidad porque los arts. 20 y 21 [n. d. t.: según el C. P. alemán, se trata de la inimputabilidad por enfermedad mental u otras causas y la imputabilidad restringida] no ofrecen otra posibilidad. Ciertamente PUPPE opina⁽³⁷⁾: “Si el autor ya no fuera capaz de asimilar intelectualmente las consecuencias más sencillas de su actuar porque está sometido a ideas imaginarias, su lugar no es, en todo caso, la prisión; para ello existen los establecimientos psiquiátricos cerrados”.

(34) ROXIN, “Strafrecht A.T.” (nota 9), § 12, n. marg. 26.

(35) HASSEMER (nota 15), p. 305.

(36) PUPPE, “Strafrecht AT” (nota 2), p. 313.

(37) PUPPE, “Strafrecht AT” (nota 2), p. 314.

Pero, por regla general, no se trata de casos tan severos, tal como muestra nuestro caso, de manera que todas las demás circunstancias relevantes para la valoración deben ser consideradas en la imputación del dolo.

Tal delimitación se corresponde con el procedimiento que yo también persigo, consistente en tomar como base principios normativos guías en la solución de todos los problemas de delimitación que comprendan amplios campos de materia en la parte general –tales como la “figura central” en la autoría, el “retorno a la legalidad” en el desistimiento voluntario y la “decisión a favor de una posible lesión del bien jurídico” en el dolo–, principios que luego tienen que ser desarrollados concretando en la materia jurídica⁽³⁸⁾. Esto coincide con aquella combinación de “pensamiento normativo y lógica objetiva” que también defiende SCHÜNEMANN⁽³⁹⁾ y que plantea la tarea de la dogmática penal de ponderar todos los indicadores y contraindicadores para poner en relieve las indicaciones típicas del dolo en grupos de casos.

IV.- Esto no puede realizarse en este trabajo. En vez de ello se va a revisar todavía con más detalle la teoría del peligro de dolo; que sirve aquí de contraste, y que es defendida por PUPPE de manera tan impresionante. Y es que esta teoría constituye la más pura manifestación de aquel normativismo cognitivo con el cual se tiene que confrontar todavía en lo particular el normativismo volitivo aquí defendido tras haberse despedido de todos los conceptos puramente descriptivos del dolo. Hans-Joachim RUDOLPHI, a quien se dedica este Libro Homenaje, ha presentado muchas objeciones contra la teoría del peligro del dolo; queremos comenzar “con ellas” ahora.

I.- PUPPE desarrolla la diferenciación entre peligro de dolo y peligro de imprudencia a partir de la crítica que hace a una oración de RUDOLPHI⁽⁴⁰⁾: “Forman parte de la materia prohibida de los delitos dolosos (...) todas las acciones que fundamenten un peligro de completar el tipo, peligro que

(38) Cfr. la exposición resumida en ROXIN, “Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik heute”, en SCHÜNEMANN (ed.), “Strafrechtssystem und Betrug”, 2002, p. 21 y ss. (37 y ss.).

(39) SCHÜNEMANN (nota 1), p. 378.

(40) RUDOLPHI (nota 11), § 16, n. marg. 46a.

vaya más allá de la medida permitida”. La autora indica, en cambio⁽⁴¹⁾, que la producción de un resultado por un acto preparatorio podría ciertamente fundamentar una imputación de imprudencia, pero no un delito doloso. Lo mismo regiría en las desviaciones causales esenciales (lo que, por cierto, no es correcto en los casos de imprevisibilidad sino, en todo caso, en la *aberratio ictus*, en la cual PUPPE precisamente afirma una imputación de dolo)⁽⁴²⁾.

Aquí ambos adversarios tienen la razón en parte. Ciertamente, en casos especiales, puede la imputación al dolo presuponer más que la imputación a la imprudencia, p. ej., en el tipo objetivo. Pero de ello no resulta que el dolo, como quisiera PUPPE, exige un mayor peligro que la imprudencia en todos los casos. RUDOLPHI solamente quiere decir que, en una decisión a favor de la posible lesión del bien jurídico, todo peligro objetivamente prohibido puede fundamentar el dolo. Con ello, tiene él, a toda la posición dominante en su apoyo. Pero PUPPE discute esto y en los casos de peligro mínimo del resultado quiere negar el dolo incluso cuando el autor haya tenido la intención de ocasionar dicho resultado⁽⁴³⁾. Entonces, cuando el asesino tiene a su víctima delante de su escopeta en una posición incómoda de disparo y tiene una oportunidad real, aunque no muy grande de acertarle, si no diera en el blanco quedaría impune, pues no habría una tentativa; y si se consiguiera matar a la víctima, esto solamente podría ser comprendido como hecho culposo. Dado que PUPPE misma no quiere que la colocación consciente de un peligro de mediana entidad valga aún como dolo⁽⁴⁴⁾, se ve obligada entonces a declarar como simples tentativas imprudentes, penalmente irrelevantes, las acciones que, en caso de medianas chances de realización, son emprendidas con la intención de que realicen el tipo.

(41) PUPPE, “Strafrecht AT” (nota 2), § 16, n. marg. 1-4.

(42) PUPPE, “Zur Revision der Lehre vom ‘konkreten’ Vorsatz und Beachtlichkeit der aberratio ictus”, GA 1981, p. 1.

(43) PUPPE, “Strafrecht AT” (nota 2), § 16, n. marg. 36; igualmente, Nomos Kommentar (nota 2), § 15, n. marg. 67 y ss.

(44) PUPPE, “Strafrecht AT” (nota 2), § 16, n. marg. 41.

Esto no es convincente. Para demostrarlo tomando solamente como ejemplo los delitos de homicidio: esa teoría significa que a uno le estaría permitido, intencionadamente y calculando el resultado, crear un peligro para la vida objetivamente imputable, peligro que incluso ni siquiera tiene que ser mínimo, y, en caso de que se produzca el resultado, uno no debe temer más que el riesgo de una punibilidad por imprudencia, mientras que si este resultado no se produjera, no se tendría que temer nada. El que un homicidio intencional no deba ser considerado doloso solamente por el hecho de que las perspectivas de resultado, visto *ex ante*, no eran especialmente grandes, contradice la lógica del idioma y el contenido de culpabilidad de tal hacer. La tesis, de que una tentativa fracasada de homicidio intencional no sería, bajo estas circunstancias, ninguna tentativa, puede animar a cometer tales hechos, pese a que la tarea del Derecho penal es precisamente oponerse a los peligros prohibidos contra bienes jurídicos tutelados; y esto, especialmente, cuando estos peligros han sido creados intencionadamente. RUDOLPHI⁽⁴⁵⁾ tiene por ello razón cuando –también en vista al *dolus eventualis*– critica la doctrina del “peligro de dolo” por el hecho de que lleve a una “injustificada limitación de la punibilidad del dolo”.

En cambio, el criterio de la “decisión a favor de una posible lesión del bien jurídico” permite una diferenciación sin problemas que hace justicia a la necesidad de pena. Según esta diferenciación, quien tiene la intención de provocar el resultado, cuando se realizara un peligro prohibido creado conscientemente por él, siempre será punible por un hecho dolosamente consumado. Y es que es evidente que él se ha decidido en contra del bien jurídico protegido. Por el contrario, cuando el sujeto no haya tenido la intención de ocasionar el resultado y también viera solamente un peligro mediano o un peligro solo relativamente mínimo de que éste se produzca, a él se le va a admitir que ha confiado en un desenlace feliz, a no ser que pueda deducirse de los hechos que le era totalmente indiferente la cuestión de si el resultado se iba a producir o no.

(45) RUDOLPHI (nota 11), § 16, n. marg. 5b.

2.- Pero RUDOLPHI⁽⁴⁶⁾ también reprocha a PUPPE “una extensión de la punibilidad del dolo que ya no puede aceptarse”. Y también yo mismo⁽⁴⁷⁾ y otros autores⁽⁴⁸⁾ han hecho esta objeción. PUPPE⁽⁴⁹⁾ responde que su concepción “impondría más exigencias al conocimiento fundamentador del dolo del autor en cuanto al peligro que establece, que todas las demás teorías del dolo”. Esto es cierto en la medida que se trate de la magnitud del peligro, es decir, de las constelaciones tratadas bajo el punto 1. Pero no es cierto en la medida en que –y la crítica se refiere solamente a ello–, una vez admitido un “peligro de dolo”, se imputa automáticamente el dolo, y todo el resto contextual de los hechos y la situación síquica del autor ya no pueden tener ningún influjo en su admisión.

Esto ha sido expuesto arriba (III) empleando una sentencia concreta. Aquí solamente queda indicar que tales casos juegan un papel importante en la práctica; o sea, una fijación unilateral en el “peligro de dolo” llevaría efectivamente a un incremento significativo de la criminalidad del asesinato y del homicidio. A manera de ejemplo se aclarará esto con otros dos casos.

En una sentencia del Tribunal Federal, citada por HOLTZ⁽⁵⁰⁾, el autor había “dado una paliza” a la víctima, lo cual había provocado la muerte de ésta. Si aquí se admitiera, lo cual después de todo es obvio⁽⁵¹⁾, un dolo de peligro, por lo menos resulta inevitable una condena por homicidio. Pero lo que ocurrió fue que el autor se había encontrado en un “estado muy elevado de excitación”, el hecho era “extraño a la personalidad” del autor, el autor había llamado a la policía y pedido ayuda después de concluir sus acciones violentas y, al conocer la noticia sobre la muerte de la víctima, había quedado “visiblemente impresionado”. Si, siguiendo al Tribunal Federal, se dedujera de la totalidad de estas circunstancias que el autor no

⁽⁴⁶⁾ RUDOLPHI (nota 11), § 16, n. marg. 5b.

⁽⁴⁷⁾ ROXIN, “Strafrecht AT” (nota 9), § 12, n. marg. 45.

⁽⁴⁸⁾ SCHROTH (nota 12), p. 92 y ss.; PRITTWITZ, “Vorsatz und Risiko”, 1993, p. 357.

⁽⁴⁹⁾ PUPPE, “Strafrecht AT” (nota 2), § 16.

⁽⁵⁰⁾ HOLTZ, *MDR*, 1977, p. 458.

⁽⁵¹⁾ Según PUPPE, el “dar una paliza” no es “un método de homicidio claro”, de manera que todo dependería aquí de las circunstancias –no conocidas aquí– del caso particular.

se había decidido, ni siquiera de manera eventual, a favor de la muerte de la víctima, sino había confiado en que iba a sobrevivir, esto llevaría a un juicio más justo que centrarse solamente en el peligro creado por la paliza. Si el autor no hubiera llamado a la policía ni pedido ayuda, si hubiera tendido de manera general a los actos violentos y si no hubiera estado impresionado, sino hubiera dicho: “No fue mi intención matarlo, pero está bien que le haya pasado eso”, hubiera sido adecuado, estimando el mismo grado de peligro, deducir el *dolus eventualis* de estos otros indicadores totalmente diferentes.

En otro caso decidido por el Tribunal Federal⁽⁵²⁾, una gestante había sido sorprendida por los dolores del parto y había decidido “traer al mundo ... al niño sin ayuda de terceros”. Así ocurrió. Debido a la debilidad como consecuencia del parto, la madre pudo ocuparse del niño recién diez minutos más tarde. Pero en ese momento el niño ya se había asfixiado. Fueron inútiles los intentos de la madre de obtener alguna señal de vida del niño. Si se hubiera traído oportunamente a los asistentes especializados, el niño hubiera quedado con vida. Ya unos años antes, la madre había dado a luz, sin ayuda médica, y había criado un hijo extramatrimonial.

El Tribunal Federal comparó este caso con uno que se había decidido antes⁽⁵³⁾, en el cual la madre también había dejado durante 10 a 15 minutos a su hijo recién nacido, sin, por cierto, haber quedado incapacitada de actuar y sin haberse preocupado tampoco posteriormente por el niño. Aunque, en lo que se puede apreciar, ambos juicios, parten de la misma estimación del peligro por parte de la madre, el Tribunal Federal sí quiere admitir el *dolus eventualis* en el último de los casos, mientras que considera que en el primero es más evidente una imprudencia consciente. El Tribunal concede aquí que la madre había confiado en un desenlace feliz porque ella, después de todo, tras haber recuperado sus fuerzas se había preocupado por el niño y porque ya había tenido y criado otro niño extramatrimonial que había nacido sin ayuda médica.

(52) GA 1979, p. 106.

(53) GA 1970, p. 86.

El tratamiento diferente de ambos casos resulta plausible. Pero esto solamente es posible sobre la base de una delimitación volitivo-normativa, mientras que el centrarse exclusivamente en la estimación del peligro no permite ningún tratamiento diferenciado y, cuando resulte obvio admitir un peligro de dolo, se extiende en demasía el ámbito del homicidio doloso.

3.- Otro problema de la aquí criticada posición consiste en que no proporciona un parámetro accesible para la determinación del “peligro de dolo”. El criterio de PUPPE de que un dolo de peligro se presentaría cuando un “autor razonable” se conformara con el resultado, contando aprobatoriamente con él, se decidiera por él, etc. (comp. I), no es útil porque todos los hombres razonables, en tanto se centren en criterios puramente cognitivos, dicen algo distinto. En parte, ya la representación de la mera posibilidad de que se produzca el resultado fundamentaría el dolo⁽⁵⁴⁾, en parte sería determinante una “producción del resultado que no sea improbable”⁽⁵⁵⁾, y en parte lo sería un “peligro no cubierto”⁽⁵⁶⁾. Otros exigen “más que la mera posibilidad y menos que la probabilidad prevaleciente”⁽⁵⁷⁾ o una prevaleciente probabilidad⁽⁵⁸⁾, un riesgo que debe tomarse en serio⁽⁵⁹⁾ o “un peligro concreto para el bien jurídico pertinente”⁽⁶⁰⁾. Puesto que no se puede decir sin más que falta razonabilidad a estos juzgadores eruditos y todos los puntos de vista, desde la posibilidad hasta la probabilidad prevaleciente, tienen sus defensores, la “razón” por sí misma no puede evidentemente garantizar una delimitación útil. Cuando PUPPE opina⁽⁶¹⁾ que sobre la cantidad del peligro de dolo no se podría decir más que el co-

(54) SCHRÖDER, “Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffes”, en LH a Sauer, 1949, p. 207 y ss.; SCHMIDHÄUSER, “Strafrecht AT”, 2da. ed., 1975, cap. 10, n. marg. 89 y ss. (y a menudo en otros lugares).

(55) JAKOBS, “Strafrecht AT”, 2da. ed., 1991, cap. 8, n. marg. 21-32.

(56) HERZBERG, JuS 1986, p. 249 y a menudo en otros lugares.

(57) H. MAYER, “Strafrecht AT”, 1953, cap. 25, n. marg. 6 y ss.; “Studienbuch A. T”, 1967, p. 121.

(58) ROSS, “Über den Vorsatz”, 1979, p. 114 y pássim.

(59) SCHUMANN, JZ 1989, p. 433.

(60) JOERDEN, “Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffes”, 1988, p. 151.

(61) PUPPE, NK (nota 2), § 15, n. marg. 92.

nocimiento del actor de alcanzar el objetivo tendría que ser “relativamente elevado”, entonces no solamente queda sin aclarar por qué esta suposición se adecuaría a la razón sino también que significa que una chance sea, por un lado, “elevada” y, por otro lado, esto solamente sea “relativo”.

El parámetro de la razón ofrecido por PUPPE es también dudoso porque incluye una buena porción de irracionalidad. Y es que, si se quisiera excluir la irracionalidad del autor en la delimitación del dolo, tendría que partirse de que un ser razonable, tan pronto como sobrepase el riesgo permitido y reconozca la posibilidad seria de una realización del tipo a través de realizar el riesgo, se apartaría de su acción o, si continuara, se conformaría con la producción del resultado que sobrevenga. Pero, consecuentemente, esto no lo quiere admitir PUPPE, porque anularía la diferenciación entre peligro de dolo y peligro de imprudencia. Luego, cuando alguien confiare, irrazonablemente, en que el resultado no se va a producir, tampoco por ello sería ya, también para PUPPE, un autor doloso “pues esto es así ya al establecer cualquier peligro prohibido”⁽⁶²⁾. Entonces, ella quiere “diferenciar, dentro de la confianza no permitida en la no producción del resultado, todavía entre una confianza que merezca el reproche menor de la imprudencia y una confianza que merezca el reproche grave del dolo”. No queda claro cómo se va a resolver esta tarea diferenciadora empleando un parámetro de la razón.

Y tampoco el criterio de la estrategia idónea para la realización del resultado (ver arriba, I) posibilita una diferenciación plausible. Y es que cualquier quebrantamiento del riesgo permitido es un medio adecuado, y en tal medida idóneo, para realizar el resultado. En el ámbito del riesgo no permitido no pueden diferenciarse, entonces, entre métodos idóneos e inidóneos de realización del resultado, sino solamente entre métodos más o menos idóneos de realización del resultado; estos métodos se corresponden con la mayor o menor peligrosidad de la conducta del autor. Los grados de idoneidad o de peligro se mueven en una escala insegura, en la cual no se puede encontrar ninguna cesura que marque el paso hacia el peligro de dolo. La diferenciación se vuelve todavía más incierta por

⁽⁶²⁾ Aquí y en lo que sigue: PUPPE, “Strafrecht AT” (nota 2), § 16, n. marg. 38.

el hecho de que PUPPE⁽⁶³⁾ conoce también peligros de dolo que ella no considera como estrategias idóneas de realización del resultado: p. ej., el caso de que el autor “hubiera tomado ciertas, aunque quizás no plenamente insuficientes contramedidas contra la producción del resultado” o que un tirador medianamente experto hubiera querido atinar a la esfera de vidrio que una muchacha tenía en la mano y no a la muchacha.

Después de todo esto no puede sorprender que, en la literatura, se hubiera hecho, contra la teoría del peligro de dolo, el reproche de una total indeterminación⁽⁶⁴⁾. PUPPE⁽⁶⁵⁾ replica indicando que ella decidiría “no mediante cocientes de probabilidad, sino con ayuda de un tesoro de experiencias de métodos sencillos y modelos de peligro”. Pero las típicas acciones de homicidio que con ello se toman por referencia, para los defensores de todas las concepciones, forman parte de los “casos nucleares” de la imputación al dolo, mientras que el juzgador se queda perplejo en los casos-límite.

4.- Otra objeción contra la teoría del “peligro de dolo” se basa en la ley. Bajo una observación imparcial se opinaría que un autor que dolosamente concede a su víctima “un tratamiento peligroso para su vida” (art. 224, primer párrafo, numeral 5) establece con ello un “peligro de dolo”. Y es que un autor razonable solamente haría algo así cuando se haya conformado eventualmente con la muerte de la víctima. Y también un tratamiento peligroso para la vida aparece, en relación con la posible muerte de la víctima, como una estrategia especialmente idónea para realizar el resultado. Pero la suposición de que en tales casos siempre se tendría que afirmar un dolo de homicidio no es compatible con los preceptos de la ley que, en estos casos, considera posible también una lesión corporal

(63) PUPPE, “Strafrecht AT” (nota 2), § 16, n. marg. 42.

(64) STRATENWERTH dice que el parámetro de la estrategia generalmente idónea para realizar el resultado limita “como juicio de adecuación ya la imputación objetiva o es totalmente indeterminado”; ver “Strafrecht AT”, 4^{ta} ed., 2000, § 8, n. marg. 102, nota 132. KÜHL dice que “... el parámetro de la razonabilidad permanece ampliamente en la oscuridad”; ver “Strafrecht AT”, 4^{ta} ed., 2002, § 5, n. marg. 68^{ava}. Ver otros críticos en KÜHL, ibídem, n. marg. 192g.

(65) PUPPE, “Strafrecht AT” (nota 2), § 16, n. marg. 40.

peligrosa⁽⁶⁶⁾. En consecuencia, en muchos casos, PUPPE tiene que hacer que no sea suficiente para un peligro de dolo un tratamiento peligroso para la vida. Pero no veo cómo esto pueda fundamentarse concluyentemente con sus criterios de la razón y la estrategia.

Algo similar rige para los delitos de peligro concreto⁽⁶⁷⁾. Aquí también se tendrá que decir que debería presentarse un peligro de dolo cuando alguien cree dolosamente un peligro concreto, p. ej., en el sentido de los arts. 315 y ss. [n. d. t.: según el C. P. alemán, delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros]. Y es que, bajo una evaluación razonable, tales conductas implican que uno tiene que haberse conformado con el resultado. También la creación de un peligro concreto es una estrategia probada de realizar el resultado. Por cierto que PUPPE niega esto⁽⁶⁸⁾. Un peligro concreto se presentaría ya cuando una lesión “no...” se encuentre “... alejada de toda probabilidad”, lo cual no sería suficiente para un “peligro de dolo”. No obstante, la jurisprudencia exige que la seguridad de determinada persona o bien tenga que haber sido tan fuertemente afectada “que solamente dependa del azar el si el bien jurídico resulte lesionado o no” (BGH en NStZ 1996, p. 83 y s.). En contra de lo que dice PUPPE, la “chance real” de quien está bajo peligro “de evitar el choque frenando o desviándose” precisamente no puede hacer surgir un peligro concreto⁽⁶⁹⁾. Pero si esto es así, apenas si puede uno imaginarse una creación dolosa de un peligro concreto que no fundamente simultáneamente un peligro de dolo en relación con el delito de lesión.

La concepción volitivo-normativa aquí defendida puede, en cambio, explicar sin problemas por qué en la mayoría de los casos se tiene que rechazar un dolo de lesión incluso cuando alguien, mediante una grave e inescrupulosa infracción de la preferencia de paso o mediante una temeraria maniobra de adelantamiento, hubiera creado el “peligro cercano a” la

(66) Esto también lo indica el Tribunal Federal; ver BGH, s. penal, t. 36, p. 16.

(67) Cfr. al respecto también SCHÜNEMANN (nota 1), p. 370, nota 23.

(68) PUPPE, NK (nota 2), § 15, n. marg. 121.

(69) Cfr. sobre el estado actual de la doctrina y la jurisprudencia en los delitos de peligro concreto en ROXIN, “Strafrecht AT” (nota 9), § 11, n. marg. 121 y ss.

producción del resultado, tal como exige la jurisprudencia para la concreta puesta en peligro. Y es que, como el causante del peligro se somete a sí mismo a un riesgo tan grande como al que es puesto en peligro, resulta plausible admitir que, pese a la creación del peligro concreto, él ha confiado en evitar el resultado de lesión.

5.- Finalmente, también tiene que rechazarse que la doctrina del “peligro de dolo” sea superior a una concepción normativo-volitiva en cuanto a que excluye todos los factores irracionales en la delimitación del dolo. Cuando PUPPE⁽⁷⁰⁾, frente a la opinión que atribuye a RUDOLPHI y a mí, rechaza “admitir un proceso de represión mental irracional real o siquiera presunto” mediante el cual el autor “haya restado relevancia para su acción a un grave peligro reconocido por él”, entonces debe considerarse que, también según la opinión aquí defendida, las represiones (mentales) del peligro solamente descargan de responsabilidad en la medida en que ellas, al evaluar todas las circunstancias, atenúan en tal medida la culpabilidad del autor que se le puede admitir el no haberse decidido contra el bien jurídico protegido. Quien dispara una bala a la cabeza de su enemigo o le da una puñalada en el pecho, no puede invocar que había confiado en que la víctima iba a sobrevivir. Entonces, también la sobreformulación normativa de las delimitaciones volitivas, impide los privilegios de represión aventurados y ficticios, que no encuentren ningún apoyo en la realidad.

Por otro lado, la doctrina del “peligro de dolo” tampoco puede escapar de considerar la ligereza que reprime el peligro porque a menudo los elementos cognitivos y volitivos no pueden separarse en la consciencia. ¡Recordemos los casos arriba tratados de abusos a menores y palizas que habían terminado mortalmente! ¿Quién quiere decidir si los autores, bajo las circunstancias especiales del caso, han siquiera pensado en la posibilidad de un desenlace mortal, o si ellos, en caso de que lo hubieran pensado, no han subestimado tanto el peligro proveniente de sus golpes que, sobre la base de su representación, no puede admitirse un peligro de dolo?⁽⁷¹⁾.

⁽⁷⁰⁾ PUPPE, “Strafrecht AT” (nota 2), § 16, n. marg. 39.

⁽⁷¹⁾ PUPPE exige, por lo menos, el conocimiento de los factores de riesgo que fundamentan un peligro de dolo; ver Nomos Kommentar (nota 2), § 15, n. marg. 99. Pero ella también

En estos dos casos también PUPPE tiene que afirmar la exclusión del dolo incluso cuando los autores, por una ligereza irracional, no hubieran reconocido lo que debieron haber notado y tenido en cuenta.

Para el punto de vista aquí defendido no tiene importancia el que en muchos casos no se pueda aclarar si el autor no hubiera siquiera pensado en la posibilidad de la producción del resultado, si había visto el riesgo pero lo había subestimado de una manera que excluye el dolo, o si, habiendo reconocido suficientemente el riesgo, había confiado en evitar el resultado; las tres posibilidades permiten excluir la pena por dolo. Pero para la doctrina del “peligro de dolo”, la diferenciación –que muchas veces no tiene lugar– entre los dos primeros casos y el tercero es determinante para la posibilidad de imponer una pena de dolo.

Luego, se puede decir que la doctrina del “peligro de dolo” incluso tiene muchas más dificultades que la teoría aquí defendida cuando se trata de los factores irracionales del conocimiento relevante de la acción en la psiquis del autor. También JAKOBS⁽⁷²⁾, quien se encuentra cercano a la teoría de la probabilidad, indica con razón “que las condiciones del acto de conocimiento no son solamente de corte intelectual” y advierte que no se “subestime la repercusión de la ligereza, la represión, etc. en la parte intelectual”. Aquí existe un problema que no puede eludir ninguna doctrina y que, en todo caso, no puede ser solucionado por una delimitación que recurra a factores puramente cognitivos.

V.- Resumen de la siguiente manera: la delimitación del *dolus eventualis* en relación con la imprudencia consciente no puede prescindir de parámetros normativos de valoración. Pero el sustrato de esta valoración no puede limitarse a determinada representación de peligros. Más bien, el juicio sobre si el autor –así sea bajo una emergencia y de manera eventual–

exigirá que el autor haya estimado correctamente el riesgo; solamente que éste no tiene por qué calificar esto como peligro de dolo. En la literatura se discute sobre el punto de vista de PUPPE en relación con el conocimiento del riesgo; cfr. STRATENWERTH (nota 64), § 8, n. marg. 114, n. marg. 139; PRITTWITZ (nota 48), p. 357; a su vez PUPPE sobre Prittwitz en “Strafrecht AT” (nota 2), § 16, n. marg. 41, nota 505.

(72) JAKOBS (nota 55), cap. 8, n. marg. 23.

se ha decidido en contra del bien jurídico protegido, tiene que ser emitido considerando todos los elementos objetivos y subjetivos de los hechos, relevantes para la actitud de dicho autor.

Concluyo esta contribución saludando calurosamente a Hans-Joachim RUDOLPHI, quien, cuando asumí el cargo de catedrático en Gotinga el 1 de abril de 1963 fue mi primer y único asistente de entonces. RUDOLPHI comenzó su carrera científica conmigo preparando el índice de materias para mi libro *Autoría y dominio del hecho* que todavía adorna la séptima edición (2000). En los casi más de 40 años que han transcurrido desde entonces, RUDOLPHI se ha convertido en uno de nuestros penalistas más importantes impulsando e influyendo significativamente en la ciencia y la práctica mediante monografías, tratados y, sobre todo, mediante los comentarios “sistemáticos” al Derecho penal y procesal penal que él ha formado preponderantemente y cuya redacción total tiene a su cargo. En tal medida estoy orgulloso de este “discípulo”, ya convertido desde hace mucho en un maestro, y me alegro de poder estar todavía presente en su septuagésimo cumpleaños. Nuestra estrecha relación personal ha permanecido siempre viva pese a la separación espacial en las últimas décadas. Para mí es una satisfacción que también coincidamos ampliamente en las concepciones científicas. ¡Ojalá el homenajeadado pueda gozar todavía de muchos años más de rica labor creadora!

Acerca del error en el Derecho penal (*)



I. LOS TIPOS DE ERROR

En el Derecho penal puede distinguirse entre cuatro tipos de error según el objeto jurídicamente relevante al cual se refieren: el error de tipo, el error de prohibición, el error sobre circunstancias justificantes y el error sobre circunstancias excluyentes de la culpabilidad.

Se presenta un error de tipo cuando el autor se equivoca sobre una circunstancia que sea necesaria para completar el tipo legal. Así, el tipo de homicidio exige que se mate dolosamente a una persona. Cuando el autor, en el campo, mata a balazos a alguien a quien no reconoce como persona, sino que ha tenido por un espantapájaros, entonces se encuentra en un error de tipo. O, para dar un segundo ejemplo: el tipo de hurto presupone la sustracción de una cosa ajena. Una cosa es ajena cuando se encuentra en propiedad (o copropiedad) de otro. Cuando el autor, al sustraer una cosa ajena, cree que ella le pertenece (o sea, que sería de su propiedad), cae nuevamente en un error de tipo.

(*) Texto del curso de dogmática penal para los alumnos de la Universidad Autónoma de Méjico en el año 2000 que no llegó a realizarse.

Por el contrario se da un error de prohibición cuando el autor, al conocer todas las circunstancias que completan en su totalidad el tipo legal, no extrae sin embargo de ellas la conclusión referida a una prohibición legal, sino cree que su conducta está permitida. P. ej., alguien sabe que comete un aborto, pero cree que esto no estaría prohibido. O: en Alemania son punibles los juegos de azar sin una autorización de la autoridad; luego, actúa bajo un error de prohibición quien organiza tal juego de azar sin tener autorización creyendo que ella no sería necesaria.

La tercera representación errónea posible es el error sobre circunstancias justificantes. El caso más importante en la práctica de este tipo es la legítima defensa putativa, es decir, la suposición errónea de hechos que justificarían una conducta emprendida como legítima defensa. Así, en el caso de aquel que derriba a otro a golpes, porque éste saca repentinamente una pistola; pero el primero comete esta lesión corporal porque cree erróneamente que el otro estaba a punto de dispararle. Si esta representación fuera correcta, los golpes estarían justificados por la legítima defensa. Pero también existe una legítima defensa putativa cuando alguien para defenderse de un ataque considera necesario realizar un tipo, cuando en realidad esto no era necesario: p. ej., alguien se anticipa con un disparo a otro que quería dispararle, pero no reconoce que hubiera podido quitarle sin problemas la pistola de la mano y repeler así el ataque sin dañar al atacante.

Finalmente, un segundo tipo de error es el error sobre circunstancias exculpantes. Un estado de necesidad exculpante se presenta, p. ej., cuando alguien se salva de un peligro grave a costa de otro, de un tercero que no participa en los hechos. Así, si alguien, en el tráfico rodado, atropella a un peatón porque solamente de esa manera puede escapar a un accidente grave. No es conforme a ley dañar por este motivo a un tercero no participante de los hechos, pero el legislador alemán exculpa esta conducta considerando el superpoderoso instinto de autoprotección del ser humano. En el supuesto de que aquel que atropelló al peatón solamente se hubiera imaginado un peligro en su contra, tenemos un error sobre circunstancias exculpantes.

En lo que sigue explicaré los cuatro tipos de error uno tras otro.

II. EL ERROR DE TIPO

1. Los efectos del error de tipo

El error de tipo excluye en cualquier caso el dolo. Pero deja subsistente una punición por un hecho culposo bajo dos requisitos: primero, que la comisión culposa del delito correspondiente sea punible, y, segundo, que el error hubiera sido vencible. Entonces, si en mi ejemplo inicial el tirador, con una suficiente atención, hubiera podido reconocer que el objeto de su práctica de disparo no era un espantapájaros sino una persona humana, tiene que ser penado por homicidio culposo. En cambio, en mi segundo ejemplo, en el cual el autor sustrae una cosa ajena que considera erróneamente como propia, tiene que producirse una absolución, pues el hurto culposo no está sometido a pena.

2. El error de tipo en los elementos descriptivos y normativos

Es importante saber que el conocimiento de las circunstancias del hecho, conocimiento que al faltar excluye el dolo, es diferente según el tipo de la circunstancia del hecho. Se hacen diferencias entre elementos descriptivos y normativos del tipo. Un elemento es "descriptivo" cuando uno puede percibir sensorialmente, es decir, ver y tocar el objeto que designa. En este sentido, el concepto "ser humano", al cual se refieren los tipos de homicidio, es un elemento descriptivo. Por el contrario, hablamos de un elemento "normativo" cuando solamente existe en el ámbito de las representaciones valorativas y, por ello, solamente puede ser comprendido espiritualmente. Así ocurre con el concepto de la ajenidad en mi segundo ejemplo inicial. El que una cosa esté en propiedad de otro no puede verse, sino solamente entenderse espiritualmente conociendo los contextos jurídicos.

Esto significa lo siguiente para la teoría del error: en los elementos descriptivos se presenta un error de tipo excluyente del dolo cuando falte o sea errónea la percepción sensorial. En mi ejemplo con el espantapájaros el autor no ha visto que dispara a un ser humano y, por ello, ha actuado sin dolo. Por el contrario, en los elementos normativos se ha dado un error de tipo cuando al autor le falta el entendimiento espiritual necesario

para comprenderlos. Entonces, el autor actúa también sin dolo cuando, si bien hubiera reconocido de manera plenamente correcta, en sus elementos externos, la cosa ajena que está sustrayendo, la considera como propia debido a ideas jurídicas erróneas. De ello resulta que un error de tipo no es necesariamente un error sobre hechos. Este error también puede consistir –en caso de elementos normativos– en un error de derecho.

Muchos elementos no son claramente descriptivos o normativos, sino constituyen una mezcla de elementos descriptivos y normativos. Así ocurre, p. ej., con el concepto de “documento” que juega un papel en muchos tipos penales. Los signos escritos y el papel, en los que consiste mayormente tal documento, son elementos descriptivos, perceptibles sensorialmente. En cambio, la determinación de hechos jurídicamente relevantes para la prueba, que es un elemento indispensable de todo documento, es un elemento normativo, solamente entendible de manera espiritual. Cuando alguien destruye un documento que no le pertenece –lo cual es punible según el derecho alemán–, o bien se presenta un error de tipo excluyente del dolo cuando el autor no hubiera reconocido que ha destruido el documento en cuestión (en tal caso, no ha percibido los elementos descriptivos del documento), o bien puede faltar el dolo, porque el autor no ha entendido que el papel escrito que ha visto tiene un valor probatorio en el tráfico jurídico. En este último caso, se trata de un error de tipo que atañe a los elementos normativos del concepto de documento y que excluye el dolo, y con ello la punibilidad.

3. El error de subsunción no es un error de tipo

Un problema especial resulta de saber qué tan lejos debe ir el conocimiento que se debe tener sobre la importancia de las circunstancias particulares del hecho, a fin de que todavía pueda considerarse dolosa su realización. Esto también quiero explicarlo tomando como ejemplo el delito documental. En Alemania, se acostumbra en algunos restaurantes que el mozo marque la cantidad de bebidas consumidas haciendo una raya en el posavasos de cartón de las bebidas. Según la jurisprudencia alemana tal raya es un documento, pues se corresponde con la definición usual de documento como una declaración incorporada de ideas destinada a probar

algo jurídicamente relevante (o sea el número de bebidas consumidas) y permitir reconocer, según las circunstancias, a su emitente. Luego, cuando alguien, para ahorrar dinero, borra alguna de esas rayas, esto, además de estafa, es una destrucción de documentos y, en vista a la totalidad de las rayas que constituyen un “documento total”, también una falsificación documental. Ahora bien, ¿se encuentra el autor en un error de tipo excluyente del dolo cuando arguye que no había entendido el significado de la raya como documento? P. ej. dice que había creído que un documento tendría que consistir en palabras y contener una firma. Si se viera en ello un error de tipo, el autor podría no ser condenado por un delito documental, pues la ley no conoce una comisión culposa de este delito.

No obstante, iría demasiado lejos si, en caso de elementos normativos, se exigiera una exacta subsunción, o sea, una correcta representación de todos los elementos conceptuales del documento para el conocimiento del significado que fundamenta el dolo. En tal caso, para actuar dolosamente el autor tendría que haber definido correctamente el concepto de documento. Dado que esto solamente podrían hacerlo, a lo sumo, penalistas, el ciudadano normal apenas podría cometer un delito documental debido a su insuficiente comprensión de los presupuestos conceptuales de la definición de documento. Por ello, para el conocimiento de la importancia que fundamenta el dolo del tipo debe ser suficiente que el autor hubiera captado correctamente el contenido social de sentido de un elemento del tipo. Esto significa para nuestro ejemplo: cuando el autor sepa que las rayas en el posavasos han sido colocadas allí por el mozo para marcar el número de bebidas consumidas con la finalidad de prueba en el círculo jurídico, sabe todo lo que ha llevado a que la raya sea considerada como “documento” por el Derecho. Si él mismo no hubiera subsumido este “signo de prueba” bajo el concepto de documento, esto es un simple error de subsunción y no un error de tipo. Entonces, el autor actúa dolosamente y, pese a su error sobre el alcance del concepto de documento, debe ser penado por falsificación documental.

Semejantes errores de subsunción no solamente se presentan, como en nuestro ejemplo, en caso de elementos normativos del tipo, sino también pueden afectar el alcance de elementos descriptivos. Así, el derecho alemán trata como cosas a los animales ajenos desde el punto de vista de

la protección de la propiedad. Luego, quien lesiona dolosamente al caballo de su vecino, es penado por daños. Ahora bien, ¿puede el autor en tales casos invocar un error de tipo excluyente del dolo haciendo valer que no ha visto el caballo como cosa, sino que entendía como cosas solamente a objetos inanimados? Para ello puede incluso apoyarse en un extendido uso idiomático. Pese a todo debe penársele por daños dolosos, pues el legislador quería abarcar con su disposición penal todo tipo de lesiones a la propiedad ajena. Y tal lesión también se presenta cuando se dañan animales. Si el autor sabe que ha dañado una propiedad ajena también sabe, en su esfera de profano, todo lo que ha motivado al legislador a tratar a los animales como objetos en caso de su lesión. Nuevamente, una interpretación incorrecta del concepto de cosa solamente es un error de subsunción irrelevante para el dolo.

4. ¿Qué tan clara debe ser la representación de cada una de las circunstancias del hecho?

También plantea algunas dificultades la cuestión de cuán claramente debe haberse representado el autor cada una de las circunstancias fácticas al cometer el hecho. En los elementos descriptivos se tendrá que exigir una representación actual en el momento del hecho. Piénsese en el caso de que alguien había dicho una media hora antes al tirador de nuestro ejemplo inicial que en el campo se encontraría una persona, pero que el autor había olvidado esta información al momento de disparar y creído que lo hacía contra un espantapájaros. Aquí se presenta un error de tipo excluyente del dolo, aun cuando el autor habría podido actualizar su conocimiento latente con la suficiente reflexión. Pero naturalmente debe ser penado por homicidio culposo. Algo correspondiente rige para los conceptos de cantidad y medida. Así, según el derecho alemán son punibles las acciones sexuales contra niños menores de catorce años. Cuando el autor de tal delito, al cometer el hecho, considera mayor a la víctima, esto es un error de tipo excluyente del dolo incluso cuando alguien le había comunicado anteriormente en algún momento cuál era la verdadera edad de aquélla, aunque ya no lo recordaba en el momento de los hechos. Incluso si no se hubiera hecho ninguna representación sobre la edad, le falta aún el conocimiento de la circunstancia fáctica pertinente.

Por otro lado, existen contenidos de la consciencia que no necesitan ser pensados de manera actual, pero que tienen fuerza determinante de la acción y por ello tienen que ser imputados al conocimiento del autor. Cuando alguien hurta cosas en una tienda, al hacer la sustracción normalmente no reflexionará sobre si esas cosas se encuentran bajo una propiedad ajena. No obstante, lo sabe en todo momento, porque ello es el presupuesto sobreentendido de su forma de conducta. Se habla aquí de una "coconsciencia", la cual bastaría para el conocimiento de una circunstancia del hecho, y con ello también para el dolo. Lo correspondiente vale para el "conocimiento concomitante permanente", el cual juega especialmente un papel cuando las cualidades profesionales son presupuesto del cumplimiento del tipo. Así, algunos médicos y abogados se hacen punibles cuando revelan secretos de sus pacientes o clientes violando su deber de reserva. En el momento de la comisión de los hechos, normalmente no van a reflexionar, en el sentido de un actual "pensar en ello", sobre su profesión. De cualquier modo, ellos saben que actúan como médicos o abogados, y ello es suficiente para el dolo en relación con estos elementos.

5. Error de tipo y las dudas

¿Qué pasa con el dolo cuando el autor duda de la existencia de una circunstancia fáctica? Quiero aclarar esto empleando ejemplos ya expuestos. ¿Se presenta un error de tipo cuando el autor no tiene claridad sobre si el objeto al cual dispara es una persona o un espantapájaros? ¿O cuando duda de si la muchacha con la cual practica relaciones sexuales tiene trece, catorce o quince años de edad? Si partimos de que en ambos casos el tipo se ha completado objetivamente, o sea, que se ha matado a disparos a una persona humana o se ha abusado de una niña, la pregunta sobre la existencia de un error de tipo es idéntica con el problema de la delimitación entre dolo eventual y culpa consciente. La delimitación es polémica, pero la mayoría la traza correctamente admitiendo un dolo eventual (y con ello negando un error de tipo) cuando el autor ha calculado seriamente con la posibilidad de realizar el tipo y pese a todo continúa actuando.

Para nuestros dos ejemplos esto significa lo siguiente: aun cuando el autor hubiera visto solamente una posibilidad real de que el objeto de

sus prácticas de tiro podría ser una persona humana y la muchacha no tendría todavía catorce años, tiene con ello el conocimiento necesario de las pertinentes circunstancias del hecho, y no se ha dado un error de tipo. Tal error recién se produce cuando hubiera considerado como muy lejana la posibilidad de que podría tratarse de una persona humana o de una muchacha menor de catorce años, y por ello había confiado –aunque sea imprudentemente– en que, a través de su conducta, no se haría culpable de realizar el tipo.

III. EL ERROR DE PROHIBICIÓN

1. Objeto y tipos de error de prohibición

Un error de prohibición se presenta cuando, en el momento de cometer el hecho, al autor le falta la comprensión de cometer un injusto (como dice el Código penal alemán) o cuando se encuentra en un error “respecto de la ilicitud de la conducta” (como dice el Código penal mejicano para el Distrito Federal). Con ello debe presuponerse que el autor conoce todas las circunstancias del tipo legal, o sea, que no se encuentra en un error de tipo. Ciertamente, el error de tipo lleva también mayormente a un error de prohibición al creer el autor, debido a su error sobre los hechos, actuar de conformidad con el derecho. Pero la regulación sobre el error de tipo que excluye el dolo es más favorable para el autor que la del error de prohibición, la cual por regla general solamente permite una atenuación de la pena del tipo doloso. Por ello, la regulación del error de tipo es anterior, de manera que para el error de prohibición solamente quedan aquellos casos en los cuales el autor se equivoca únicamente sobre la permisibilidad o el carácter prohibido de su conducta.

Es objeto del error de prohibición únicamente la antijuricidad de la propia conducta, o sea, el atentado contra una prohibición legal (o en caso de delitos de omisión: un mandato legal). Luego, cuando el autor desconoce la prohibición legal, pero considera que su infracción no sería punible sino solamente cuenta con consecuencias civiles o de Derecho público, no se encuentra en un error de prohibición y no obtiene la atenuación de pena prevista para éste. Esto descansa sobre el pensamiento de que ya

el solo conocimiento de lo prohibido o mandado tiene que ser suficiente para motivar al ciudadano a comportarse de acuerdo con la ley. Las falsas representaciones sobre las consecuencias jurídicas de una violación legal no son recompensadas.

Por el contrario, la consciencia del injusto está referida al tipo y por ello es "partible". Esto quiere decir: cuando el autor atenta simultáneamente contra varias prohibiciones penales puede tener pleno conocimiento de la prohibición respecto a una de ellas, y actuar bajo un error de prohibición invencible respecto de la otra. Supongamos que fuera punible vender en el extranjero objetos de arte azteca. Cuando alguien guarda para otro un objeto de esos y abusa de esta posición para venderlos en el extranjero ha atentado contra dos disposiciones penales: el tipo de apropiación indebida y también la disposición que prohíbe la venta en el extranjero. Entonces, es posible que hubiera tenido pleno conocimiento de la prohibición respecto de la apropiación indebida, pero que no hubiera conocido la prohibición de enajenar en el extranjero. Si este error hubiera sido invencible, lo cual depende naturalmente de las circunstancias, solamente podrá ser penado por apropiación indebida.

Existen distintas formas de error de prohibición de las cuales el Código penal para el Distrito Federal menciona las dos más importantes. El caso más claro es aquel en el que el autor no conoce para nada la prohibición o el mandato, o sea, el tipo legal. Este caso ya lo he explicado usando ejemplos. En el núcleo del Derecho penal, o sea, en los tipos básicos, este caso es raro. Y es que naturalmente todos saben que está prohibido matar a otra persona humana, lesionarla, hurtarle sus bienes, etc. Pero en los países altamente industrializados de hoy en día existen numerosos campos especializados cuyas regulaciones se encuentran aseguradas por disposiciones penales. Estas disposiciones son tan numerosas que ni siquiera un jurista puede tener todas ellas en la cabeza. Aquí hay entonces un campo fértil para errores de prohibición. Una forma especial del error de prohibición es el error sobre el alcance de un tipo. Este error también es ligeramente posible en el núcleo del Derecho penal. Cuando, p. ej., alguien cree que estaría permitido, con fines de transplante, extraer los órganos de una persona que ha perdido irreversiblemente la consciencia, porque un ser

inconsciente para toda la vida ya no sería una persona, se equivoca sobre el alcance del tipo de homicidio, el cual en realidad también abarca este caso. Esto es un error de prohibición. Igualmente, con facilidad puede uno ser de la opinión de que algo no caería bajo el tipo de estafa, pese a que sí tendría que ser evaluado como estafa. Pueden pensarse similares errores de prohibición en todos los tipos básicos.

Una segunda gran posibilidad de errores de prohibición se encuentra en la suposición de causas de justificación que no existen o en la sobreextensión de su alcance. P. ej., alguien golpea a hijos ajenos y opina que habría una causa de justificación que permite tales castigos físicos. Pero no existe tal causa de justificación. Por ello se presenta un error de prohibición en la lesión corporal cometida dolosamente. O si alguien opina que estaría justificado apresar a todos los deudores morosos. Si lo hace, practica una detención ilegal bajo error de prohibición, pues el ordenamiento jurídico no conoce tal causa de justificación. Es todavía más frecuente una sobreextensión de causas de justificación reconocidas legalmente. Ella ocurre, p. ej., cuando el autor de lesiones corporales cree que la legítima defensa cubriría también las afecciones corporales que van más allá de la medida necesaria para repeler el ataque; o cuando un particular, facultado por la ley para detener al autor de un delito, cree erróneamente que le estaría permitido emplear armas de fuego para ello. En puridad, cada sobreextensión de las causas de justificación constituye un caso de suposición de una causa de justificación no existente, pues no existe una justificación en la forma en que el autor se imagina.

Existen todavía otras formas de error de prohibición, pero que son raras y menos importantes. El error sobre la validez forma parte de ellas. Con ello se alude al caso de que el autor, si bien conoce la prohibición, considera que es nula; p. ej., porque atenta contra normas constitucionales de mayor jerarquía. Si en tales casos conscientemente infringe la prohibición, opinando que actúa de conformidad con la ley, se encuentra en un error de prohibición.

Un error de subsunción también puede ser un error de prohibición. Por cierto que en la mayoría de los casos esto no ocurre así. Cuando alguien hiere a un caballo ajeno y no subsume erróneamente esta conducta bajo el

tipo de daños (comp. II, 3) difícilmente habrá considerado esto permitido. Luego, no se encuentra ni en un error de tipo ni en un error de prohibición, sino su error de subsunción es simplemente irrelevante. Pero también puede ocurrir algo distinto. Así, la jurisprudencia alemana considera como daños cuando alguien quita el aire de las llantas de un automóvil ajeno para hacer que no pueda ser conducido. En este caso, aun cuando el autor no subsume su conducta bajo el tipo de daños, porque cree que para ello sería necesaria una lesión en la sustancia, no se encuentra en un error de tipo, sino en un error de subsunción. Y es que la jurisprudencia alemana entiende por daños la afección de la capacidad de uso de un objeto, y el autor no ha reconocido su presencia. Pero su error de subsunción puede ser un error de prohibición cuando haya creído que tales “bromas” no estarían prohibidas, sino toleradas por el derecho. En el fondo, en ese caso tal error de prohibición es solamente un error sobre el alcance del tipo: el autor desconoce que el tipo de daños no solamente abarca lesiones en la sustancia sino también otras afecciones de la capacidad de uso.

2. ¿Qué tan claro debe ser el conocimiento de la prohibición?

El autor actúa en error de prohibición cuando al cometer el hecho, es decir, en el momento de la acción, le falta la comprensión del injusto. ¿Pero qué significa esta comprensión del injusto con cuya presencia se excluye desde el principio un error de prohibición? Si el autor, al cometer el hecho, siempre tuviera que pensar en la prohibición, la mayoría de los delincuentes actuarían bajo un error de prohibición, pues, al ejecutar el hecho, tienen en la cabeza cosas distintas de la prohibición.

Sin embargo, aquí rige lo que ya he dicho sobre la claridad de la representación de cada una de las circunstancias del hecho (II, 4). Es suficiente que el autor sepa de lo prohibido, aun cuando no piense en ello en ese momento. Se puede conocer con frecuencia tal “coconsciencia” por el hecho de que el autor actúa en secreto o toma otras medidas para no ser descubierto. Pues de allí resulta que existe la consciencia de injusto y se efectiviza en la forma de la comisión de los hechos. Por el contrario, no basta para la consciencia del injusto que al autor se le haya anteriormente hecho saber la prohibición, aunque entretanto ya la haya olvidado. En ese

caso, se encuentra en un error de prohibición, aun cuando hubiera podido llegar a comprender el injusto a través de la reflexión. Esto puede llevar a la evitabilidad del error de prohibición, pero no cambia nada en cuanto a su existencia. A menudo la falta de comprensión del injusto, o sea, el error de prohibición, se puede observar por el hecho de que el autor actúa abierta y despreocupadamente.

3. La problemática político-criminal del tratamiento del error de prohibición

Tanto el derecho mejicano como el alemán parten de que el autor actuante bajo un error de prohibición ha cometido dolosamente un hecho. El error de prohibición lleva a excluir la culpabilidad y con ello a la absolución cuando era invencible. Si el error era vencible, la pena por el delito doloso puede ser atenuada; en el derecho mejicano, esta atenuación es obligatoria; en el derecho alemán, facultativa.

Esta regulación no constituye un sobreentendido. En las primeras décadas del siglo XX, en la ciencia jurídica alemana predominaba la opinión de que la consciencia de la antijuricidad, junto al conocimiento de las circunstancias del hecho, sería un elemento esencial autónomo y necesario del dolo (del dolus). Esta concepción es denominada "teoría del dolo", porque según ella el error de prohibición excluiría el dolo. Esta es una regulación mucho más benigna para el autor que la del derecho vigente. Y es que, dado que la comisión culposa no está sometida a pena en la mayoría de los delitos, según esta teoría, todo error de prohibición llevaría a la impunidad. El argumento más importante a favor de la teoría del dolo se encuentra en la tesis de que el reproche de ser un infractor doloso de la ley solamente se lo habría merecido aquel que se manifestara conscientemente en contra del derecho. Pero aquel que se encuentra en error de prohibición no habría negado la obediencia al legislador y, por ello, a lo máximo habría actuado imprudentemente.

Por el contrario, la doctrina en la que se basa el derecho vigente se denomina "teoría de la culpabilidad", porque según ella el error de prohibición no sería significativo para el dolo, sino solamente para la culpabilidad,

a la cual excluye en casos de invencibilidad y, en los demás casos, atenúa. Hablan a favor de la teoría de la culpabilidad sobre todo dos argumentos. El primero dice que un reproche de culpabilidad, sustancialmente mayor frente a la imprudencia basada en el desconocimiento de los hechos y que justifica una punición por dolo, existe ya cuando el autor conoce todos los hechos y de ello no extrae la conclusión sobre la prohibición penal. Ciertamente, el actuar conociendo plenamente la prohibición merece una pena incluso mayor; pero ello se toma en cuenta atenuando la pena del error de prohibición. En segundo lugar, habla a favor de la teoría de la culpabilidad la circunstancia de que la teoría del dolo coloca el ordenamiento jurídico casi a disposición del autor del delito: éste no tiene que preocuparse del derecho; mientras menos conozca las prohibiciones, más absolución tendrá. Y cuando, como consecuencia de una actitud interna inescrupulosa, considere como permitidas conductas extremadamente dañosas socialmente, será premiado por ello con la impunidad (o por lo menos con una reducción al marco penal imprudente). Ponderando los argumentos, opino que los motivos que hablan a favor de la teoría de la culpabilidad son más atendibles. Entonces, la regulación del derecho vigente merece aprobación.

4. La vencibilidad del error de prohibición

La cuestión práctica más importante del ámbito de la teoría del error consiste en la evitabilidad. El legislador calla sobre los presupuestos de la vencibilidad, y los tribunales tienden –por lo menos en Alemania– en la mayoría de los casos a afirmar su existencia. De hecho, teóricamente casi todo error de prohibición es vencible porque la prohibición, debido al principio de la taxatividad legal (*nullum crimen sine lege*) tiene que ser reconocible, o sea, puede verificarse mediante indagaciones incesantes. El Tribunal Federal alemán exige también que el autor “en todo lo que esté a punto de hacer, debe ser consciente de si ello es compatible con las preposiciones del deber ser jurídico”. Pero ello no puede seriamente llevarse a cabo porque se entorpecería la vida social de manera insoportable si el autor siempre tuviera que emprender largas reflexiones jurídicas antes de dar cada paso. También contradiría esto el espíritu de un ordenamiento

jurídico liberal, el cual considera las prohibiciones como excepciones en relación con la libertad de acción del particular. Por ello uno tendrá que contentarse con una normal fidelidad al derecho y se tendrá que admitir un error de prohibición inevitable ya cuando el particular, tal como se dice en el Código penal suizo, “hubiera supuesto por motivos suficientes que él estaría facultado para realizar el hecho”. Para tal forma de ver las cosas, la vencibilidad está vinculada a tres presupuestos que deben probarse uno tras otro.

a) *Tiene que existir un “motivo” para verificar la situación jurídica*

En primer lugar, un error de prohibición solamente puede ser visto como invencible cuando el autor tenía un motivo para preocuparse por la legitimidad de su conducta. Existen tres de estos motivos.

El primero es el caso de la duda acerca del injusto. A través de su propia reflexión, de lecturas especializadas o de experiencias anteriores, o también mediante comunicaciones de terceros, el autor puede haber obtenido dudas sobre si aquello que quiere hacer –p. ej., un negocio– está permitido o no. Él puede entonces no dejar abierta la cuestión, sino investigar más sobre las dudas. Si por el contrario, aparta las dudas y confía sin más en el carácter permitido de su conducta, el error de prohibición que resultara al cumplir con los demás presupuestos del tipo, será evitable.

En segundo lugar, existe un motivo para realizar una evaluación jurídica cuando alguien actúa en un ámbito especial del cual se conoce que está sometido a normas jurídicas. Quien se mueve en el tráfico rodado sabe que hay reglas legales de tráfico que deben ser respetadas por todos. Éste es un motivo suficiente para conocerlas. Igualmente, quien inicia un negocio de venta de víveres sabe de la existencia de disposiciones jurídicas referidas a los víveres y que buscan impedir peligros para la salud de la población. Esto basta para exigir que se conozcan con exactitud estas disposiciones. Si se omitiera esto, el eventual error de prohibición que se produjera es, dado el caso, vencible. Lo correspondiente rige para otros numerosos ámbitos de la vida que, según todos saben, han experimentado una regulación legal.

En tercer lugar, finalmente, el autor debe reflexionar sobre la legitimidad de su conducta cuando reconociere que a través de ella otros o la colectividad podrían sufrir daños permanentes. Luego, quien ve que ocasiona a otro graves pérdidas económicas, tiene un motivo para averiguar si se está sirviendo de métodos permitidos. Lo correspondiente rige también para casos de empleo de violencia: quien se dispone a lesionar gravemente a otro para repeler un ataque relativamente mínimo tiene que reflexionar si esto todavía estaría cubierto por la legítima defensa. Si sobrepasara los límites de la legítima defensa, en todo caso, el error de prohibición será vencible.

Por otro lado, resulta que debe admitirse un error de prohibición invencible cuando no pueda afirmarse ninguno de los tres motivos de evaluación. Así, los tribunales alemanes se han ocupado de un caso en el cual dos trabajadores agrícolas, en un pueblo apartado, habían mantenido relaciones sexuales con una mujer enferma mentalmente y estéril. La mujer había estado totalmente de acuerdo. Según el derecho alemán, esta conducta está penada como “abuso sexual de personas incapaces de resistir”. No obstante, los autores ni siquiera habían llegado a pensar que su conducta hubiera podido estar prohibida. Dado que no se habían producido ninguno de los tres “motivos” para evaluar la situación jurídica, tal como he expuesto, se les tendrá que reconocer un error de prohibición invencible. Los tribunales también decidieron en este sentido. Por lo demás, son fáciles de imaginar otros errores de prohibición que, según los parámetros aquí expuestos, son invencibles: p. ej., al infringir levemente los límites de las causas de justificación y al lesionar disposiciones del llamado Derecho penal complementario, que está regulado en leyes especiales y que no es conocido por la generalidad.

b) El autor no debe haberse esforzado seriamente por cerciorarse o debe haberlo hecho de manera insuficiente

Cuando el autor tenía un motivo para evaluar la situación jurídica, su error de prohibición es vencible (bajo reserva del tercer presupuesto que va a analizarse enseguida), en tanto él no se hubiera esforzado para nada por esclarecer las cosas o estos esfuerzos hubieran sido insuficientes.

Por el contrario, cuando ha hecho suficientes indagaciones y, pese a todo, ha llegado a un resultado falso, su error de prohibición era invencible y tendrá que ser absuelto.

Es muy polémica, en los detalles, la cuestión de cuándo son suficientes los esfuerzos de aseguramiento del autor. No obstante, en lo básico existe un consenso que puede ser resumido como sigue. Según esto, en primer lugar, es posible consultar con un abogado: si éste explica que la conducta planeada por el autor está permitida, el sujeto, al recibir una información falsa, tiene que obtener la concesión de un error de prohibición invencible. No puede importar que el abogado sea más o menos capaz o que la información hubiera sido impartida después de analizar con poco o mucho cuidado. Y es que esto no lo puede juzgar un profano. Solamente rige una excepción cuando expresamente o, según las circunstancias, implícitamente se exige al abogado un dictamen falso.

Lo que rige para el abogado rige también para las informaciones solicitadas a otras personas o instituciones entendidas en derecho, o sea, un profesor de derecho, un juez, un fiscal, una autoridad o funcionario de la jefatura de la policía. Entonces, el ciudadano queda libre cuando hubiera confiado en la veracidad de una información que en realidad era falsa. Y es que no se le pueden exigir conocimientos jurídicos que ni siquiera poseen los expertos que ha consultado. Por cierto que se requiere que la opinión recabada hubiera sido impartida de manera vinculante, tal como esto ocurre en las consultas de abogados. Pero si un estudiante plantea una difícil cuestión jurídica al profesor al salir de clases, consulta que éste absuelve sin mayor reflexión, esto no constituye un aseguramiento suficiente. Más bien existe el aseguramiento recién cuando el estudiante busca al profesor en su horario de atención al público y le pide expresamente un consejo jurídico.

También es suficiente que el ciudadano se apoye en el punto de vista de la jurisprudencia o, cuando no hubieran sentencias sobre el tema, en la opinión dominante en la ciencia. Y es que estos son puntos de orientación que permiten reconocer una suficiente fidelidad al derecho. Luego, se presenta un error de prohibición invencible cuando el tribunal, para el caso del autor, juzga apartándose de la jurisprudencia vigente hasta entonces

o –en caso de decidir por primera vez sobre el tema– apartándose de la opinión científica dominante. Si se presentaren distintas sentencias sobre una cuestión jurídica, uno puede ampararse en la sentencia del tribunal de mayor jerarquía, el cual tiene mayor poder vinculante. Si la jurisprudencia y la opinión dominante en la ciencia tienen posiciones opuestas, el ciudadano puede seguir la jurisprudencia, pues, si bien su punto de vista jurídico no es necesariamente más correcto que el de los profesores, la jurisprudencia, según la Constitución, es la que decide vinculantemente sobre cuestiones jurídicas. Y en esto debe poder confiar el ciudadano.

Lo más difícil es dar instrucciones de conducta cuando hubieren dos sentencias opuestas de distintos tribunales. Aquí el ciudadano no puede orientarse sin más en la opinión jurídica que más le convenga, sino deberá esperar en lo posible la sentencia en última instancia del tribunal superior jerárquico. Volveré a este problema más tarde al tratar la llamada consciencia eventual de injusto (III, 5).

Cuando un profano en lo jurídico se esfuerza por esclarecer difíciles cuestiones jurídicas leyendo por sí mismo leyes, sentencias y comentarios, esto no hace sin más invencible su error. Y es que en muchos casos tiene que decirse a sí mismo que sus conocimientos y capacidades no son suficientes para extraer de tales textos conclusiones jurídicamente confiables. Por otro lado, en casos aislados el invocar un texto legal claro y sin ambigüedades frente a sentencias divergentes puede por cierto llevar a un error de prohibición invencible cuando no se hubiera pasado por alto ningún punto de vista decisivo. Y es que en caso contrario, se desconocería al texto legal, de manera dudosamente constitucional, la función orientadora que debería tener también para cada ciudadano.

c) *Debe haberse podido alcanzar el conocimiento del injusto*

Cuando el autor tenía un motivo para preocuparse por la legalidad de su conducta, pero no lo ha hecho o lo ha hecho de manera insuficiente, su error de prohibición todavía no es *eo ipso* vencible. Más bien es aún necesario que el autor también hubiera alcanzado, mediante suficientes esfuerzos de aseguramiento, realmente una acertada comprensión jurídica. P. ej., si el

abogado, cuya consulta ha sido omitida, hubiera declarado que la conducta guarda conformidad con la ley, invocando la jurisprudencia de entonces, la conducta que el autor ha puesto en práctica sin ninguna evaluación ha sido efectuada bajo un error de prohibición invencible. Y es que incluso si hubiera actuado correctamente no hubiera podido llegar a comprender el injusto de su hacer. Luego, no es que, como ha supuesto antiguamente el Tribunal Federal alemán, las indagaciones omitidas llevarían en todo caso a la vencibilidad de un error de prohibición. No es la lesión de un deber de indagación, sino solamente la posibilidad de alcanzar la comprensión del injusto lo que hace vencible a un error de prohibición.

5. ¿Pueden las dudas sobre el injusto fundamentar un error de prohibición?

Existen problemas no esclarecidos en caso de dudas del autor sobre la situación jurídica. Cuando pese a las dudas iniciales confía en que su actuar estaría permitido, en caso de una falsa estimación de la situación jurídica, en todo caso, se presenta un error de prohibición. Pero este es, por regla general, vencible, pues el autor hubiera tenido que tratar de aclarar las dudas (III, 4, b). ¿Sin embargo, se presentaría también un error de prohibición cuando continuaren las dudas, o sea, cuando el autor considera que su accionar probablemente estaría permitido, aunque también podría estar prohibido?

El Tribunal Federal alemán parte de que no existe para nada un error de prohibición cuando el autor, en el momento de la comisión del hecho, tiene dudas continuadas sobre el carácter permitido de su actuar: “Quien tiene la representación de hacer algo posiblemente injusto, y acoge esta posibilidad en su voluntad, tiene consciencia del injusto”. En tal caso podrían “no encontrar aplicación alguna los principios del error de prohibición”. Luego, el autor es reprimido con el total de la pena dolosa, sin posibilidad de atenuaciones. La “consciencia eventual del injusto” es equiparada a la consciencia segura del injusto.

Esto es ciertamente correcto cuando el autor tenía la posibilidad de levantar sus dudas sobre el injusto. Cuando, p. ej., una consulta a un abogado podría ilustrarle en cualquier momento sobre la prohibición, aquel

que, pese a sus dudas, actúa a tontas y a locas, no merece una atenuación de pena. También es ello correcto cuando el actuante puede, sin perjuicios para él, esperar a que un tribunal tome una decisión esclarecedora. Si la cuestión sobre la permisibilidad de determinada conducta está pendiente de resolverse ya en el Tribunal de mayor jerarquía, uno debe en lo posible esperar hasta que el Tribunal emita su fallo. Si no lo hiciera, cargaría con el riesgo de la punibilidad.

Pero, ¿qué sucede cuando las dudas sobre el injusto no pueden, en ese momento, ser disipadas y tampoco puede esperarse que se aclaren en un tiempo previsible, pero omitir la conducta posiblemente permitida o posiblemente prohibida traería consigo daños graves? ¡Supóngase que es jurídicamente polémico si la prohibición reforzada penalmente de exportar determinada mercancía también abarca objetos con los cuales el autor comercia! Parte de la literatura contesta afirmativamente la pregunta, otra parte la niega. No existen sentencias de los tribunales y tampoco se espera que se emitan algunas en el futuro cercano. ¿Tiene pues el autor que renunciar a la exportación a costa de grandes, quizás ruinosos perjuicios económicos, si no quiere correr el riesgo de ser reprimido, por la realización del tipo correspondiente, con una pena de delito doloso y sin ninguna atenuación? Esto limitaría drásticamente el campo de libertad del ciudadano porque este, en caso de una situación jurídica dudosa, tendría siempre que optar por la menos favorable para él y con ello soportar graves desventajas.

Por ello opino que sería razonable, en tales casos, emplear analógicamente la regulación del error de prohibición. Esto de todos modos aseguraría al autor una atenuación penal. Y esta atenuación está justificada porque, en lo referente al merecimiento de pena existe una clara diferencia según si se sobrepasa una prohibición clara o una de dudosa existencia. La cuestión de si incluso podría admitirse un error de prohibición invencible tendría que decidirse según criterios propios de este grupo de casos. Tendría que emprenderse una ponderación en la cual interesaría con qué grado de probabilidad debía admitirse una infracción de la prohibición y cuán grandes hubieran sido los perjuicios que el autor hubiera tenido que esperar en caso de omitir la acción realizada. Yo recomiendo que, si habían buenos motivos para la permisibilidad y si renunciar a la acción

realizada hubiera traído considerables perjuicios, deberían admitirse las consecuencias jurídicas del error de prohibición invencible, o sea, debería absolverse al autor.

6. ¿El error de prohibición invencible debe ser invencible en el momento del hecho?

Ya hemos oído que un error de prohibición jurídicamente relevante debe existir en el momento de la comisión del hecho, pero que puede ser variada la claridad de la representación de la prohibición (III, 2). Pero, ¿su invencibilidad, cuando vaya en contra del autor, debe haber estado presente también en el momento del hecho? Esto ocurre a menudo. Quien p. ej., a consecuencia de un error de prohibición se hace culpable de un delito tributario mayormente todavía podría evitar el error, en el momento de la comisión del hecho, consultando a un experto. Pero muchas veces ocurre otra cosa. Quien atenta contra tipos penales del Derecho de tráfico rodado por no haber aprendido nunca las reglas de tráfico, no pudo evitar sus errores de prohibición en el momento de la concreta situación del hecho. Y es que, en este momento no tuvo ya ninguna posibilidad de adquirir el conocimiento de las prohibiciones.

Pero sería muy injusto absolverlo mediante un error de prohibición invencible. Por ello tiene que considerarse permitido recurrir, en lo referente a la evitabilidad, a una culpabilidad anterior. Esta culpabilidad anterior no es ninguna “culpabilidad por el estilo de vida”, tal como ha opinado alguna vez el Tribunal Federal alemán. Y es que solamente puede uno apoyar una condena en una culpabilidad referida al hecho concreto. El “estilo de vida” de una persona no se encuentra sometido al juicio de los tribunales penales. Cuando se coloca la base de la vencibilidad de un error de prohibición en una culpabilidad previa, se trata con ello más bien de una construcción que se corresponde con la “culpabilidad por asunción” en actos imprudentes. Cuando alguien al volante de su auto causa un accidente de tráfico, debido a que con sus ojos debilitados ya no puede observar con suficiente exactitud los sucesos de la calle, no pudo evitar el accidente en la concreta situación

del tráfico. A pesar de todo, se le penará por un hecho imprudente; su imprudencia consiste en que, pese a la debilidad visual que él conocía, se ha introducido con su automóvil en el tráfico rodado. De manera análoga puede fundamentarse la vencibilidad del error de prohibición en mi ejemplo inicial por el hecho de que el autor ha participado en el tráfico rodado, pese a que sabía que le eran desconocidas las reglas de tráfico. La analogía está justificada, pues el error de prohibición representa una “imprudencia de Derecho” que puede compararse con la “imprudencia del hecho”. En ambos casos, la condena no se basa en una culpabilidad por el estilo de vida, sino se vincula a una conducta anterior que puede ser descrita con exactitud y es culpable. Esto está permitido sin ninguna duda.

7. El error de mandato en caso de omisiones

El autor de un delito de omisión no atenta contra una prohibición sino contra un mandato, es decir, contra un deber de actuar. Cuando no conocía este mandato, no se encuentra en un error de prohibición, sino en un error de mandato. Pero este error de mandato es tratado según las reglas del error de prohibición tal como p. ej. expresamente declara el Código penal mejicano para el Distrito Federal. Esto significa en la práctica: si el desconocimiento de un mandato era invencible para el autor, se excluyen la culpabilidad y la pena. Si era vencible, el autor será penado por un delito doloso; pero la pena se atenuará.

Debe observarse que un error de mandato invencible ocurre, en los delitos de omisión, con más frecuencia que un correspondiente error de prohibición en delitos de comisión. Así, mientras que en los delitos de comisión se presenta una intervención activa en una esfera jurídica ajena, cuyo carácter prohibido resulta ya evidente a través de la afección de otros, en los delitos de omisión no resulta fácil reconocer cuándo el particular, bajo el peligro de una punibilidad, es llamado a actuar. Luego, será más raro que exista un “motivo” para reflexionar sobre su deber penal de actuar (comp. n. marg. 30 y ss.).

Se distingue entre delitos de omisión impropios y propios. Los delitos impropios de omisión se penan a partir del correspondiente tipo de comisión cuando el omitente tiene una llamada posición de garante, esto es, cuando recae en él una responsabilidad especial de preservar el bien jurídico tutelado. Así ocurre, p. ej., en la relación entre padres e hijos: cuando los primeros omiten dolosamente alimentar a su hijo o llevarlo al médico cuando está enfermo, de manera que el hijo muere, se les pena por homicidio doloso omisivo. Al lado de estos delitos de omisión impropia existen también los de omisión propia, los cuales no se corresponden con ningún tipo de comisión y cuya punición proviene de tipos autónomos. Así, en Alemania, existe el tipo de omisión de auxilio, según el cual se sanciona penalmente a aquel que, en casos de accidentes fortuitos, no presta ninguna ayuda. Luego, cuando ni el padre ni un transeúnte que casualmente pasa por el lugar de los hechos se preocupan por un niño accidentado, de manera que este muere como consecuencia del accidente, el padre será penado por un homicidio doloso omisivo, y el transeúnte por omisión de auxilio (este último, por cierto, con una pena mucho más baja).

Ahora bien, la regulación del error de prohibición rige de igual modo para delitos impropios y propios de omisión. Entonces, en mi ejemplo, cuando el padre no ha sabido que es responsable de la vida de su hijo, y cuando tampoco el transeúnte se ha sentido obligado a prestar ayuda, ambos serán penados por un delito doloso de omisión bajo un error vencible de mandato (aunque a partir de diferentes tipos: el padre, mediante el tipo de homicidio; el transeúnte, mediante el de omisión de auxilio).

Es importante diferenciar el deber correspondiente de los hechos de los cuales resulta aquel. Y es que el error sobre los hechos que fundamentan el deber es un error de tipo y excluye el dolo. Luego, cuando el padre no ha reconocido, por falta de atención, que el niño accidentado es su propio hijo, solamente puede ser penado por homicidio doloso mediante omisión (y además por omisión dolosa de prestar auxilio). Y cuando el transeúnte permanece inactivo, porque ni siquiera ha notado el accidente, entonces debe quedar impune. Y es que la omisión culposa de auxilio no es punible.

IV. EL ERROR SOBRE CIRCUNSTANCIAS JUSTIFICANTES

Ya al principio he proporcionado ejemplos ilustrativos extraídos del campo del derecho a la legítima defensa. Pero los errores de este tipo pueden presentarse en todas las causas de justificación. Cuando, p. ej., alguien, en el tráfico rodado, conduce demasiado rápido atentando contra las disposiciones penales, esto puede estar justificado por el estado de necesidad cuando era el único medio para salvar la vida de un accidentado llevándolo al hospital. Pero cuando al llegar al lugar del accidente se descubre que no existe ninguna lesión necesitada de tratamiento, no existe un verdadero estado de necesidad, sino solamente uno supuesto (un estado de necesidad putativo), y surge la pregunta sobre las consecuencias de este error en la punibilidad del que quería salvar al otro.

En el Código penal alemán el error sobre circunstancias justificantes no está regulado, pues el legislador no estaba seguro de la solución jurídicamente correcta y quería dejar esto a la jurisprudencia y la ciencia. En consecuencia, en este ámbito discuten muchas y variadas opiniones de las cuales solamente quiero exponerles con algo más de detalle las dos más importantes, juntamente con sus fundamentos.

En la jurisprudencia y literatura alemanas predomina la llamada "teoría restringida de la culpabilidad", la cual trata el actuar bajo una suposición errónea de circunstancias justificantes de manera análoga al error de tipo, y admite una exclusión del dolo, o sea, eventualmente lleva a la punibilidad por imprudencia. En los ejemplos que he expuesto (I; III, 7), esto lleva a la siguiente solución: si alguien derriba a otro para anticiparse erróneamente a un supuesto ataque, se excluye una punición por lesiones dolosas. Pero debe admitirse una lesión corporal imprudente cuando el autor pudo haber reconocido que el supuesto atacante no quería dispararle, sino solamente quería mostrarle el arma. También aquel que dispara al atacante creyendo que esto sería necesario para defenderse, no puede ser penado por lesiones u homicidio doloso. Nuevamente entra aquí en consideración solamente una punición por un hecho imprudente cuando tuvo que haber sido claro para él que el ataque podía rechazarse de una forma menos dañina. Igualmente, en mi tercer ejemplo, se descarta una punición por violación dolosa de las

disposiciones del tráfico rodado; cuando su infracción imprudente, como ocurre por regla general, no es punible, queda entonces impune el autor que quiere realizar un rescate.

Se denomina a esta doctrina, la “teoría restringida de la culpabilidad”, porque según ella el error sobre circunstancias justificantes no es tratado –como el error de prohibición– como problema de la culpabilidad, sino como una cuestión del dolo del tipo. Es difícil de entender la denominación. Pero dado que ha obtenido carta de ciudadanía en la discusión científica, debería reconocérsela. Objetivamente considero que es correcta la teoría restringida de la culpabilidad, o sea, el tratamiento del error sobre circunstancias justificantes, de manera análoga al error de tipo. A favor de esta doctrina hablan dos argumentos básicos.

En primer lugar, este error, como el error de tipo, es un error sobre los hechos. El autor no yerra primariamente en cuanto a la prohibición, sino no ve la realidad correctamente, no está “al tanto”. Por ello, en el error sobre circunstancias justificantes se habla de un “error de tipo permisivo”, porque el autor, si bien no se equivoca sobre el tipo en el sentido de “tipo delictivo”, sí lo hace en cuanto al “tipo” de una proposición permisiva –p. ej., de la legítima defensa–. Ahora bien, dado que el injusto penal se compone de la realización del tipo delictivo y de la falta de circunstancias justificantes como dos componentes de igual rango, resulta razonable tratar la suposición errónea de circunstancias justificantes de igual manera que el desconocimiento de circunstancias que constituyen el tipo delictivo. En ambos casos, el autor se equivoca, en igual medida, sobre los presupuestos del injusto y queda sometido a una falsa evaluación de la situación. Por ello, es razonable tratar ambos errores de igual forma como excluyentes del dolo.

En segundo lugar, también debe considerarse como excluyente del dolo la suposición errónea de circunstancias justificantes porque las representaciones del autor sobre lo justo y lo injusto, en tal caso, son plenamente conformes a derecho. Así, cuando, en mi primer ejemplo, la víctima hubiera estado a punto de disparar al autor, a éste le hubiera estado permitido disparar al primero. Pero no puede ser que se trate como criminal doloso a quien orienta su conducta en ideas plenamente correctas sobre lo justo

y lo injusto. Lo que se puede reprochar al autor, en todo caso, es una falta de atención, un desconocimiento de los hechos. Pero este es un típico reproche de imprudencia.

Pero a la opinión dominante expuesta se opone en Alemania otra concepción científica que se conoce como “teoría estricta de la culpabilidad”. Ella lleva este nombre porque trata el error sobre circunstancias justificantes como un error de prohibición y, con ello, como un problema de la culpabilidad. Por sus resultados finales esto significa: quien derriba a otro, opinando erróneamente que este estaría a punto de dispararle, habría cometido una lesión corporal dolosa. Su falsa representación de los hechos no excluiría el dolo, sino solamente sería un error de prohibición. Este error lleva, en caso de invencibilidad, a la exclusión de la culpabilidad y a la impunidad. Pero si el error era vencible, al autor se le penará por una lesión corporal dolosa, cuya pena de dolo puede, por cierto, ser atenuada. También en mis demás ejemplos del error sobre la exigibilidad de la defensa o de la salvación de una vida humana, la teoría estricta de la culpabilidad solamente admite un error de prohibición y, en caso de su vencibilidad, pena al autor por un hecho doloso. La teoría estricta de la culpabilidad invoca tres argumentos para oponerse a la opinión dominante.

El primero se basa en la opinión defendida por la llamada teoría final de la acción, según la cual el dolo, ontológicamente, solo puede consistir en la dirección del curso causal hacia un objetivo determinado. Cuando el autor –para aclarar esto usando solamente mi primer ejemplo– conociendo y queriendo derriba a golpes al supuesto agresor, ha dirigido el curso causal de igual forma como correspondía a su objetivo, y esta circunstancia por sí sola fundamenta el dolo. Todas las demás representaciones erróneas solamente pueden –según esta doctrina– ser tratadas como errores de prohibición.

El segundo argumento se apoya en consideraciones de merecimiento de pena. Quien erróneamente supone circunstancias justificantes, sabe después de todo, en mi ejemplo inicial, que está derribando a golpes a un ser humano y, con ello, realiza un tipo delictivo. Él tiene que haber tomado este saber como motivo para examinar de manera especialmente cuidadosa si realmente están dadas las circunstancias en las cuales se basa su justifi-

cación. Si no tuviera este cuidado, según esta doctrina, se hace merecedor de pena en mayor medida y se ha ganado la pena prevista para el dolo.

El tercer argumento invoca los vacíos de punibilidad. Dado que la comisión imprudente sería punible solamente en pocos delitos (sobre todo en el homicidio y en las lesiones corporales), desde el punto de vista de la teoría restringida de la culpabilidad, el autor que actúe bajo error vencible no podrá, en la mayoría de los casos, ser penado. En mi tercer ejemplo, la lesión de disposiciones de tráfico rodado, cometida suponiendo erróneamente que esto sería necesario para salvar una vida humana, tendría que absolver al autor si la infracción culposa de estas disposiciones no estuviera conminada con pena. Según el Derecho alemán, también resultan impunes, p. ej., los daños imprudentes a los bienes. Así, cuando alguien oye un grito espantoso proveniente de un departamento y rompe los cristales de una ventana para penetrar en él e impedir un hecho violento —lo que estaría justificado por el estado de necesidad—, podría él, siguiendo la opinión dominante, no ser penado cuando, a consecuencia de su falta de atención, no hubiera reconocido que en el apartamento no tenía lugar ningún hecho violento, sino los ocupantes solamente estaban realizando prácticas declamatorias. Según la teoría estricta de la culpabilidad, aquí es posible una punición por daños dolosos (con culpabilidad atenuada).

Los tres argumentos son discutibles, pero, en última instancia, tampoco convencen. En lo que respecta al primer argumento, debe oponérsele que no existe un concepto ontológico de dolo previo al derecho como ley del ser. Solamente depende de decisiones valorativas de política criminal el determinar qué circunstancias debe haber conocido o no debe haber admitido el autor a fin de ser penado como autor doloso. Pero estas decisiones valorativas dicen, como ya se ha expuesto, que no está permitido juzgar como infractor doloso del derecho a aquel cuyas concepciones jurídicas armonizan con las del legislador.

Tampoco resiste a la crítica la tesis de que un merecimiento de pena, especialmente elevado en relación con la imprudencia típica, de la pena de dolo resultaría del conocimiento de la realización típica. Y es que se deroga el efecto inhibitorio que impide normalmente una realización del tipo cuando el autor cree estar justificado por una proposición permisiva.

El agente ejecutor que, con fines de ejecutar una garantía, penetra en un departamento ajeno, no tendrá ninguna inhibición especial proveniente de saber que está cometiendo una violación de domicilio típica. Si, a consecuencia de un descuido, penetra en el departamento equivocado, esto no es más merecedor de pena que cualquier otra imprudencia; luego en este caso queda impune. Por otro lado existen muchas conductas cuya gran peligrosidad resulta fácilmente visible incluso sin realización del tipo. Quien enciende un fósforo o una vela en un granero repleto de paja, o quien juguetea frente a otra persona con un arma cargada o con explosivos, sabe que así puede ocurrir fácilmente una tragedia, pero solamente se le penará por imprudencia cuando por ligereza cause el resultado. No se alcanza a ver por qué debería merecer más pena la suposición errónea de circunstancias justificantes.

Finalmente también debe discutirse que admitir una exclusión del dolo deba llevar a vacíos de punibilidad, los cuales solamente podrían ser cerrados mediante una punición por dolo. Ciertamente es correcto que los tipos imprudentes han sido mayoritariamente creados a la medida de la imprudencia típica. Pero no existen causas razonables de por qué tenga que pensarse indispensablemente la “imprudencia de la justificación” allí donde la “imprudencia típica” es impune. ¡Tomemos solamente mi último ejemplo de la violación de domicilio por parte del agente ejecutor! Cuando el agente ejecutor, al penetrar en el departamento equivocado cree erróneamente en el acuerdo del titular del domicilio, le falta el dolo del “penetrar”, o sea, el dolo típico, de manera que quedará impune en cualquier caso porque la ley no conoce una violación de domicilio imprudente. ¿Por qué sería entonces necesaria una punición del agente ejecutor si su error se limita a confundir los departamentos? O pensemos en el caso formulado anteriormente de alguien que rompe una ventana para impedir un hecho violento que erróneamente supone se estaría cometiendo adentro. Si resulta impune aquel que por falta de cuidado rompe el cristal de una ventana ajena, no necesita ser penado aquel que hace eso, debido a que ha supuesto erróneamente la existencia de una situación de emergencia. Al contrario: con más razón no existe aquí ninguna necesidad de pena, pues el autor, después de todo, estaba guiado por un motivo noble.

El resultado final es entonces el siguiente: la suposición errónea de circunstancias justificantes debe ser tratada de manera análoga al error de tipo y no al error de prohibición. Esto hace que sean necesarias diferenciaciones cuidadosas en los errores que se refieran a la antijuricidad. Solamente excluye el dolo el “error sobre el tipo permisivo”, o sea, el caso de que el autor se represente hechos que, si existieran, justificarían su conducta. Por el contrario subsiste el dolo y, tal como ya se ha expuesto (III, 1), solamente se presenta un error de prohibición cuando el autor cree estar justificado porque, en su representación, extiende demasiado los límites de una causa de justificación (“error sobre los límites de la causa de justificación”). Para mostrarlo otra vez con un ejemplo práctico: quien erróneamente cree que está siendo atacado y recurre contra esto a medidas penalmente típicas, que sobre la base de sus representaciones son necesarias para repeler el ataque, actúa sin dolo. Por el contrario, quien, en una situación real de legítima defensa, supone que con su reacción estaría permitido ir más allá de la medida de lo necesario para repeler el ataque, actúa dolosamente y solamente se encuentra en un error de prohibición.

V. EL ERROR SOBRE CIRCUNSTANCIAS EXCULPANTES

El último tipo de error que se va a tratar atañe al error sobre circunstancias exculpantes, tal como ya he explicado al principio de mi exposición tomando como ejemplo a un conductor que atropella a un peatón por creer que solamente de esa manera podía evitar un accidente grave. Tales errores no ocurren con mucha frecuencia y, por ello, solamente podemos tratarlos brevemente. Ocurren con más frecuencia en el estado de necesidad exculpante y aparecen allí de forma que el autor, o bien se imagina una situación de exculpación no existente o, cuando existe una verdadera situación de necesidad exculpante, no reconoce que esta pudo haberse eliminado sin perjudicar a terceros ajenos al hecho.

El primer caso es representado por el ejemplo de que alguien, a través de amenazas de muerte contra su persona o sus parientes, sea llevado a cometer el delito grave deseado por los maquinadores ocultos. Cuando existe realmente tal peligro, y éste no pudo ser evitado de otra manera, el derecho alemán exculpa al autor. La conducta del autor no está justificada, pero sí

disculpada. El legislador toma en cuenta su difícil situación y renuncia a una pena. Tal tolerancia no es un sobreentendido y tampoco es practicada por todos los ordenamientos jurídicos. Sin embargo, el reconocimiento de esa exculpación liberadora de pena constituye naturalmente el presupuesto para la posibilidad de un error sobre circunstancias exculpantes. En mi ejemplo, se ha producido un error como ese cuando la amenaza penal en realidad no podía ser ejecutada, o sea, no existía en realidad el peligro supuesto. Un importante grupo de casos de este ámbito está conformado por el estado de necesidad proveniente de una orden erróneamente supuesta. Así, en Alemania, durante la época de la dictadura nacionalsocialista algunos autores obedecieron órdenes estatales para ejecutar delitos graves temiendo que, en caso de una negativa, podrían ser ejecutados ellos mismos. Pero esta suposición era falsa pues, en realidad, aquellos que se negaban a ejecutar dichas órdenes no eran ejecutados, a fin de evitar disturbios, sino solamente se les cambiaba de lugar de trabajo.

El segundo caso se presenta, p. ej., cuando aquel que por miedo a una amenaza de muerte ejecuta un delito grave, no reconoce erróneamente que el peligro podía haber sido eliminado de otra manera (p. ej., denunciando los hechos a la policía). Y es que el efecto disculpante del estado de necesidad solamente interviene cuando el peligro no era evitable de otra manera. Entonces, si el autor pasa por alto la posibilidad de evitabilidad de otra manera, se trata de la suposición errónea de circunstancias disculpantes. De igual modo debe admitirse ese caso cuando alguien, al producirse un incendio en el piso superior de una casa alquilada, empuja, con efectos mortales, al que está ocupando la escalera de incendios, pues cree que solamente de esa manera puede descender oportunamente y salvar su vida, mientras que, en realidad, todavía hubiera estado en seguridad si hubiera dado preferencia al que estaba delante de él.

Para el tratamiento jurídico del error sobre circunstancias exculpantes existen tres modelos imaginables, los cuales también han encontrado seguidores en Alemania. Según la primera solución, el autor bajo error debe ser tratado como si existiera de verdad la situación de necesidad que él ha supuesto; luego, debería exculparsele. Esto se apoya en la idea de que el autor es exculpado debido a la presión psicológica bajo la cual actúa. Pero

esta presión psicológica –ilustrada con nuestros ejemplos– es tan igual en el peligro para la vida meramente imaginado como en el real. La segunda solución, que también defendió anteriormente el Tribunal Federal alemán, trata el error sobre circunstancias exculpantes de la misma manera como lo hace la doctrina dominante en caso de un error sobre circunstancias justificantes. O sea, excluye el dolo y pena eventualmente por un hecho imprudente. Finalmente, la tercera solución trata este error según el modelo que también es empleado en la regulación del error de prohibición: el error exculpa solamente en caso de su invencibilidad; pero si es vencible, el autor será reprimido con una pena de dolo atenuada.

El legislador alemán, en la nueva parte general de nuestro Código penal, vigente desde 1975, se ha inclinado por la tercera solución. El rechazo a las otras dos concepciones, que resulta de esto, merece aplauso. Es errónea la idea de que la situación de necesidad imaginaria tendría que equipararse a una real. Y es que para la liberación de pena en el estado de necesidad exculpante no es determinante, en primer lugar, la presión psicológica con la cual actúe el autor, sino la circunstancia de que el legislador, debido a la inevitable situación de necesidad en la que se encuentra el autor, es tolerante con él. Pero esta tolerancia presupone que realmente hubiera existido tal inevitable situación de necesidad. Iría demasiado lejos y no encontraría comprensión en la población que la liberación de pena sea otorgada ya en caso de un peligro imaginario. Y es que aquí tiene el mayor peso la necesidad de proteger penalmente al perjudicado. También debe rechazarse la teoría de la exclusión del dolo que equipara el error sobre circunstancias excluyentes de la culpabilidad con el error sobre circunstancias justificantes. Ya por dogmática penal resulta insostenible esta teoría, pues, si un estado de necesidad exculpante que realmente existe no cambia nada en cuanto al carácter doloso del hecho, sino solamente excluye la culpabilidad, su suposición errónea no puede tener, naturalmente, ninguna influencia en el dolo.

Así, la solución escogida por el legislador alemán queda como única solución correcta. Llevado el resultado a la práctica significa esto que los autores de todos mis ejemplos, pese a su error, han cometido un delito doloso. Pero se les exculpa y quedan impunes cuando el error hubiera sido invencible. Si el error fuera vencible, la pena será atenuada.

Las causas de justificación y de exculpación y su delimitación de otras causas de exclusión de la pena (*) (**)



I. INTRODUCCIÓN

Hace varios años trabajaba en mi Instituto de Múnich un becario inglés que estudiaba dogmática penal alemana. Después de algún tiempo vino a verme y me formuló muchas preguntas que me han confirmado lo fructífero que resulta el trabajo de Derecho comparado también en el campo de la dogmática. Una de sus preguntas se refirió al tema de este artículo.

“Comprendo –opinaba– ... que la diferenciación entre causas de justificación, de exculpación y de exclusión de la pena es muy sutil y casi una obra de arte jurídica. ¿Pero no se trata quizás de un pasatiempo ingenioso? Es que en última instancia lo que importa es solo la punibilidad, la cual se deniega por igual cuando se dan

(*) N. d. T.: publicado en la revista alemana JuS 1988, pp. 425-433 bajo el título: “Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen”.

(**) La presente contribución es la versión ligeramente reelaborada de una ponencia que sustenté el 28-05-1985 con motivo del coloquium germano-escandinavo en Friburgo. Mi artículo completa el informe presentado por KÜPER en el mismo coloquium, el cual fuera publicado en JuS 1987, p. 81 y ss. Los artículos que no tengan referencia a ninguna ley, provienen del C. P. alemán [nota del autor].

todas estas causas. ¿Acaso las consecuencias diferentes vinculadas a estas categorías no se deducen más de distinciones conceptuales en vez de fundamentarse en necesidades objetivas?”

Tales preguntas pueden provocar un shock moderado en un penalista alemán, para quien estas diferenciaciones aparecen como algo evidente e inatacable. Hans WELZEL, uno de nuestros más grandes dogmáticos, decía en 1966 que la obra de su vida estaba completada en lo esencial⁽¹⁾: “Veo en la fragmentación del delito en los tres elementos, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, el progreso dogmático más importante de las últimas dos o tres épocas humanas”. Un sistema jurídico que lleva a cabo esta diferenciación sería “superior a otro en el cual aquélla no existiera”. Y Wilfried KÜPER, uno de los mejores conocedores de la materia hasta hoy en día, recién en 1983⁽²⁾, ha incluido dentro de “los más grandes rendimientos de la dogmática penal” a la diferenciación entre antijuricidad y culpabilidad; tras esta diferenciación no “hay ya ninguna vía de regreso”.

También a mí me parece que es irreversible para el Derecho alemán por lo menos la aceptación de que las causas de justificación y las de exclusión de la culpabilidad son dos cosas distintas que deben mantenerse separadas. Después de haber pasado por un largo período de incertidumbre⁽³⁾, el RG se ha decidido definitivamente por esta diferenciación desde 1927⁽⁴⁾. El legislador la ha incluido por escrito expresamente en la nueva parte general del StGB vigente desde 1975, hablando de una exclusión de la antijuricidad en la legítima defensa (art. 32) y en los casos de estado de necesidad del art. 34 y, por el contrario, de un “actuar sin culpabilidad” en los casos de estado de necesidad del art. 35, en un error de prohibición invencible (art. 17, primera oración) y en la falta de imputabilidad (art. 20). La diferenciación formaba parte también de las pocas sentencias dogmáticas trascendentales que hoy en día pueden tenerse por indiscutibles en la ciencia jurídico-penal alemana.

(1) WELZEL, JuS 1966, p. 421 y ss.

(2) KÜPER, JZ 1983, p. 88 y ss., p. 95 y 89 correspondientemente.

(3) La antigua jurisprudencia es bien analizada en Eb. SCHMIDT, ZStW 49 (1929), p. 351 y ss.

(4) RG, s. penal, t. 61, p. 242 y ss.

Pero con ello la provocativa pregunta inicial de mi interlocutor inglés no ha sido resuelta. Y es que si se ve con más exactitud, no es muy grande en este campo el *stock* de expresiones sobre las cuales todos estén de acuerdo.

Este solo atañe a la existencia de las categorías como tales y a su mayor y muy abstracta medida de separación. Pero no solo sigue siendo discutible, en algunos casos de liberación de pena, el que sean vistos como causas de justificación, de exclusión de la culpabilidad o de la pena. También es discutible la importancia de las categorías en particular y la cuestión de si no hay otros casos importantes de punibilidad excluida que no pueden ser comprendidos por ellas. La teoría del espacio libre de Derecho, la teoría de MAURACH y de su discípulo, acerca de la exclusión de la responsabilidad por el hecho, y la concepción brevemente desarrollada por GÜNTHER de las así llamadas auténticas causas de exclusión del injusto penal contienen propuestas de solución que vinculan elementos de la justificación, de la exclusión de culpabilidad y de la exclusión de pena en forma correspondientemente diferente, relativizando y difuminando con ello, en amplios ámbitos, las diferenciaciones originarias. También las deducciones dogmáticas que se extraen de la diferenciación entre causas de justificación y de exclusión de la culpabilidad –p. ej., el que no se deba practicar la legítima defensa contra acciones justificadas, pero sí contra acciones exculpadas– están siendo en gran parte vivamente discutidas. Si se saca la cuenta de todo esto, no queda mucho del consenso fundamental. La cuestión de si la diferenciación dogmática entre diferentes categorías de la liberación penal no crean más dificultades que las que elimina no parece ser, desde dicha perspectiva, de ninguna manera obsoleta, sino un problema que debe plantearse precisamente la ciencia penal alemana.

A continuación voy a proceder de tal manera que expondré y valoraré críticamente el estado actual de la discusión en Alemania occidental, ahorrándonos el desarrollo histórico bastante complicado. Naturalmente, en el espacio aquí dado, ello solo es posible de manera breve y a grandes rasgos. En primer lugar, expongo la diferenciación entre causas de justificación y de exculpación conjuntamente con sus consecuencias jurídicas y las divergencias y formas intermedias recomendadas en la literatura. Recién

en el último acápite de la contribución me ocuparé de cómo las causas de justificación y de exculpación pueden ser delimitadas de las demás causas de exclusión de la pena.

II. LA IDEA FUNDAMENTAL DE LA DELIMITACIÓN ENTRE JUSTIFICACIÓN Y EXCULPACIÓN

La idea fundamental para la delimitación entre causas de justificación y causas de exculpación es sencilla. Una causa de justificación presupone que dos intereses colisionan entre ellos, de tal manera que solo uno de ellos puede imponerse. Luego, es tarea de las causas de justificación emprender la regulación socialmente correcta de los intereses en conflicto. Esto sucede así sin excepciones cuando se permite la afirmación del interés que el ordenamiento jurídico valora más a costa de aquel de menor valor; solo en el caso excepcionalmente raro de que entren en colisión dos deberes de acción de igual valor, el ordenamiento jurídico deja al propio actor la decisión sobre cuál de ambos deberes quiere cumplir. La afección de bienes jurídicos de otro o de la generalidad es aceptada por el ordenamiento jurídico cuando ocurre siguiendo los parámetros de las causas de justificación; esta afección no es un injusto. Causas de justificación son, p. ej., la legítima defensa, el estado de necesidad justificante (art. 34), las facultades del Ejecutivo dispersas en numerosas leyes, el derecho paterno de corrección [sobre sus hijos], el consentimiento presunto y la salvaguardia de justos intereses en las lesiones contra el honor (art. 193).

Por el contrario, una causa de exculpación o, como yo prefiero decir, un caso de exclusión de la responsabilidad penal presupone, en primer lugar, que el autor hubiera actuado antijurídicamente, es decir que no pueda invocar un interés contrapuesto reconocido por el ordenamiento jurídico. Luego, es tarea de las causas de exculpación proporcionar los criterios que, en caso de presentarse, hacen que el derecho niegue la posibilidad o la necesidad político-criminal de una punición, pese al carácter socialmente erróneo de la acción. Son causas de exculpación, p. ej., la inimputabilidad (arts. 19, 20, art. 3 JGG); el error de prohibición invencible (art. 17), el estado de necesidad exculpante (art. 35) y el exceso en la legítima defensa (art. 33).

Entonces, las causas de justificación dicen qué es lo que el particular debe hacer u omitir en caso de colisión de intereses. Ellas dan pautas de conducta y trazan la frontera entre derecho e injusto. Las causas de exculpación, por el contrario, no tienen que ver con lo debido, sino con la cuestión de si puede o debe sancionarse penalmente una conducta socialmente errónea debido a circunstancias especiales del caso. A través de esta diferente tarea de ambas categorías se explica también que las causas de exculpación sean una materia puramente jurídico-penal, mientras que las causas de justificación no lo son. Pues constituye una cuestión que debe decidirse exclusivamente según puntos de vista del Derecho penal el que la particularidad del caso permita o no una excepción a la punibilidad amenazante. Pero la forma como deba decidirse sobre una colisión de intereses, y delimitar entre derecho e injusto es un problema para cuya solución pueden contribuir todos los ámbitos del ordenamiento jurídico.

III. CUESTIONES CONTROVERTIDAS EN LA EXPLICACIÓN DE LA JUSTIFICACIÓN Y LA EXCULPACIÓN

La delimitación entre causas de justificación y de exculpación, tal como se acaba de intentar hacer con carácter general, puede parecer trivial. Sin embargo, ella contiene ya una toma de posición acerca de una serie de puntos controvertidos que quiero indicar aquí.

1. El principio de la justificación

Si veo la tarea de la categoría de la justificación en la regulación socialmente correcta del interés y del interés contrapuesto, es decir, que clasifico todas las causas de justificación dentro del principio de la ponderación de intereses, me distancio de la doctrina pluralista fundamentada por MEZGER⁽⁵⁾, o mejor dicho, de la teoría dualista. Esta teoría sitúa conjuntamente, en las causas de justificación, los principios del interés preponderante y de la falta de interés, y pretende, con el segundo caso,

⁽⁵⁾ MEZGER, "Strafrecht, AT", 3^{ra}. ed. (1949), p. 204 y ss.; de manera similar actualmente, p. ej., LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB, 23^{ava}. ed. (1988), com. previo art. 32, n. marg. 7; BLEI, "Strafrecht, AT", 13^{ava}. ed. (1983), cap. 36 I.

comprender preferentemente el consentimiento. Pero yo considero que el consentimiento no es una causa de justificación. Pues allí donde alguien consiente eficazmente en que otro intervenga en sus bienes jurídicos, lo que hay en esta intervención no es una afección al portador del bien jurídico, sino un apoyo en la realización de su libertad de acción garantizada constitucionalmente (art. 2 GG), la cual se expresa precisamente en la disposición de los bienes jurídicos que le corresponden. Tal conducta llena tan poco el tipo delictivo como lo hace la disposición del portador del bien jurídico sobre sus bienes jurídicos; por ello esto no es típico desde el principio.

En el marco de una teoría “monista” de las causas de justificación, la cual considero por consiguiente correcta, me aparto de aquellos que exigen para la justificación necesariamente un interés preponderante; la colisión de deberes muestra que según las circunstancias también la salvaguarda de intereses de igual valor pueden llevar a la justificación. Naturalmente, la ponderación de intereses según el criterio de lo socialmente correcto es un principio meramente regulativo, el cual no dice nada sobre los contenidos de lo socialmente correcto. Estos resultan del Derecho positivo y, en caso que este guardare silencio, de los principios del ordenamiento social que pueden deducirse de todo el ordenamiento jurídico⁽⁶⁾.

2. El principio de la exculpación

En las causas de exculpación veo el común denominador, en contra de la opinión dominante, no en la falta de culpabilidad, sino en que, por motivos de política criminal, o bien no es posible o bien no es necesaria una punición. Donde falta la culpabilidad, p. ej., en caso de una enfermedad mental, es imposible una punición siempre que se acepte la premisa teórica penal, en la cual también se basa el Tribunal Constitucional⁽⁷⁾, de que la pena presupone la culpabilidad. Pero también donde todavía pudiera afirmarse una culpabilidad (atenuada), es decir, donde el autor en una determinada situación todavía fuera normativamente asequible y

(6) Al respecto, ROXIN, “Kriminalpolitik und Strafrechtssystem”, 2^{da}. ed. (1973), p. 26 y ss.

(7) BverfGE 20, 323 (331).

tuviera la posibilidad de decidir entre diferentes alternativas de conducta⁽⁸⁾, el legislador prescinde de una punición cuando esto no le parece exigible por razones de prevención especial ni por las de prevención general. Así ocurre, según el derecho alemán, p. ej., en el estado de necesidad exculpante (art. 35) y en el exceso de legítima defensa (art. 33). Solo por necesidades preventivas pueden ser explicadas con naturalidad las excepciones hechas a la exculpación en el estado de necesidad (art. 35, primer párrafo, segunda oración) y la limitación de la impunidad a estados emotivos asténicos (“confusión, temor o pánico”) en caso de exceso de legítima defensa⁽⁹⁾. Esta consideración de intereses preventivos en el marco de la categoría dogmática que decide sobre la liberación de pena se corresponde con la comprensión teórico-penal de que, si bien la pena siempre presupone la culpabilidad, sin embargo, adicionalmente también la necesidad preventiva siempre presupone la sanción. Luego, la pena puede ser excluida debido a la falta de culpabilidad o de necesidades preventivas de sanción. Por ello, a mí me resulta lo más correcto terminológicamente, hablar de causas de exclusión de la responsabilidad (como concepto superior para la culpabilidad excluida y la falta de necesidad preventiva); sin embargo, el término “causas de exculpación” es inofensivo si se le emplea en el mismo sentido y se es consciente de que proporciona dos diferentes causas de exculpación.

Por el contrario, no considero necesario distinguir además, tal como hace una opinión difundida⁽¹⁰⁾, entre causas de exclusión de la culpabilidad y causas de disculpa. Las causas de exclusión de la culpabilidad son, según ello, la inimputabilidad (art. 20) y el error de prohibición invencible (art. 17), es decir, casos, en los cuales falta la culpabilidad completamente, mientras que en las causas de disculpa, p. ej., están el estado de necesidad

(8) Acerca de esta comprensión de la culpabilidad, comp. más detalladamente *mi* artículo en el *ZStW* 96 (1984), p. 641 y ss.

(9) Comp. al respecto y más detalladamente, ROXIN, en: *LH a Henkel*, 1974, p. 171 y ss. Y especialmente sobre el art. 33, el mismo autor, en *LH a Schaffstein*, 1975, p. 105 y ss.

(10) Comp. por mencionar a algunos, LENCKNER (*supra*, nota 5), com. previo art. 32, n. marg. 108 y ss.; más ref. bib. HIRSCH, en *LK*, 10a. ed., com. previo art. 32, n. marg. 182, quien coincide con el parecer aquí defendido.

del art. 35 y el exceso en la legítima defensa del art. 33, en los cuales existe de por sí una cierta culpabilidad, pero que se tolera al autor. Ciertamente, detrás de esto está la comprensión correcta de que la tradicional categoría denominada "culpabilidad" no tiene que ver ella sola precisamente con la culpabilidad, dado que un hecho puede ser eventualmente disculpado (según mi opinión, en caso de faltar necesidades penales de prevención) aun cuando exista una cierta culpabilidad. No obstante, esto no debería ser tratado de manera distinta en las así llamadas causas de exculpación. También la inimputabilidad tiene zonas normativas marginales, p. ej., en las situaciones emotivas de alto grado y en las neurosis graves, en las cuales no pueden excluirse plenamente las consideraciones preventivas al aprobarlas o reprobarlas; incluso allí donde se cree poder afirmar un mínimo de libertad de decisión todavía debería ser posible una exculpación en cuanto esto se pueda defender desde la política criminal. Y también en el error de prohibición, la impunidad no debería depender de una inevitabilidad [invencibilidad] absoluta que apenas se da alguna vez, sino de si el autor, tal como acertadamente se dice en el C. P. suizo (art. 20), hubiera "supuesto por motivos suficientes" que "estaría legitimado para el hecho". Tales "motivos suficientes" ya se dan cuando el autor ha satisfecho las exigencias normales de fidelidad del ciudadano al Derecho y, por ello, no ofrece ningún motivo para sanciones criminales. Si uno persiste en que las causas de exclusión de la culpabilidad no ofrecen ningún espacio para renunciar con tolerancia a la pena, se estaría reforzando un rigor punitivo que es errado por política criminal, puesto que contradice el parecer principalmente aceptado por todos de que si bien la culpabilidad es una condición necesaria, no es todavía una condición suficiente para la pena estatal.

IV. LA IMPORTANCIA PRÁCTICA DE LA DIFERENCIACIÓN ENTRE ANTIJURICIDAD Y CULPABILIDAD

No importa cómo se piense sobre los detalles recién esbozados brevemente en la interpretación de justificación y exculpación. Estos detalles no impiden el consenso sobre la diferencia objetiva consistente en que se libera de pena a una conducta penalmente típica, debido a que está permitida y aceptada socialmente o que, en caso de una conducta no per-

mitida y socialmente errada, solamente se prescinde de una sanción penal porque el autor había actuado sin culpabilidad o no es preventivamente indispensable una represión. Por cierto que solo existe una necesidad para esta diferenciación cuando puede extraerse de ella diferentes consecuencias jurídicas. Y, como se sabe, esto también ocurre aquí. Solo quiero enumerar las consecuencias más importantes:

1. La importancia de la doble vía

La pena se vincula con la culpabilidad, la medida de seguridad con el injusto de la conducta del autor. Entonces, un sistema dual exige necesariamente la diferenciación entre justificación y exculpación. Por cierto que es otra cuestión el que un sistema penal de doble vía sea realmente necesario o no; su tratamiento queda fuera de mi tema.

2. La importancia para la punibilidad de la participación

La participación en una conducta justificada tiene que ser siempre impune, pues cuando el hecho mismo estuviere permitido y cumpliera con las exigencias jurídicas impuestas a la conducta, cualquier otra contribución con este hecho tendrá que estar sometida a la misma valoración. Por el contrario, la participación en una acción inculpada, que el derecho alemán posibilita fundamentalmente a través del principio de la accesoriedad limitada (arts. 26, 27, 29), no debe ser de ninguna manera impune. Más bien, lo es solamente cuando los fundamentos que llevan a la liberación de pena en el autor también se presentan en el partícipe o cuando otros argumentos adicionales condicionan su punibilidad.

Por cierto que RUDOLPHI⁽¹¹⁾, en una monografía notable, pretende que la participación en un hecho disculpado por estado de necesidad sea fundamentalmente impune; es decir, no reconoce, en tal medida, una dife-

(11) RUDOLPHI, en *SK-StGB*, 4^{ta}. ed. (1985), art. 35, n. marg. 21; el mismo autor, *ZStW* 78 (1966), p. 67 y ss.; igualmente desde la perspectiva de otras concepciones que todavía se van a exponer, MAURACH/ZIPF, "Strafrecht, AT", t. 1, 6^{ta}. ed. (1983); art. 33, n. marg. 40; GIMBERNAT, en *LH a Welzel*, 1974, p. 485 y ss., 493 y ss.

rencia entre justificación y exculpación. Él opina que cuando el legislador con la exculpación, de manera general, extrae a determinados hechos punibles de sus conminaciones penales y quita con ello a la norma la fuerza motivadora, tampoco podría “prohibir con pena al súbdito del Derecho que promueva o motive hechos en estado de necesidad situados en los límites de la participación”⁽¹²⁾. Pero este argumento, del cual nos ocuparemos más tarde, no convence. Y es que el legislador, cuando exculpa un hecho en estado de necesidad, se aferra plenamente al mandato normativo y con ello a su voluntad motivadora frente al autor del estado de necesidad; en consecuencia, el legislador desaprueba el hecho bajo un estado de necesidad, aun cuando este igualmente se llega a producir. El que prescinda de una punición no solamente se basa en los motivos de política criminal que he expuesto. De ello resulta necesariamente que el legislador sigue teniendo motivos para dar énfasis a su intención motivadora mediante la imposición de una sanción en aquellos casos en los que estas razones de política criminal no se dan en un tercero, el cual no se encuentra para nada en una situación de estado de necesidad. ¡Hay que ponerse en el caso paralelo del exceso de legítima defensa (art. 33)! Cuando el atacado, que podría defenderse del atacante sin dañarlo, “por confusión, temor o pánico” lo mata; entonces esto es lamentable, pero hay buenas razones para dejarlo de todas maneras impune, tal como lo hace el legislador, pues como ciudadano fiel al Derecho ha caído, sin estar preparado, en una situación excepcional que él no podía afrontar. Sin embargo, no se comprende por qué la tolerancia que se le reconoce deba ser otorgada también a un tercero que no estaba atacado y que colabora en este homicidio sin estar bajo confusión, temor o pánico.

Sin embargo, debe admitirse que la importancia práctica del problema no es grande. Pues, en primer lugar, en la mayoría de los casos, en los cuales alguien colabora en una acción exculpada, no hay participación desde el principio, sino autoría mediata⁽¹³⁾.

(12) RUDOLPHI, *ZStW*, 78 (1966), p. 67 y ss., 98.

(13) Comp. en cada caso particular, ROXIN, en *LK*, 10a. ed., 1985, art. 25, n. marg. 44 y ss.; comp. previo art. 26, n. marg. 20.

En segundo lugar, no se deberá penar por complicidad psíquica a un tercero no participante, quien solo explica al autor que en caso de comisión del hecho antijurídico estaría exculpado, pues la información sobre los preceptos jurídicos aquí y en cualquier parte tiene que permanecer también impune, aun cuando contribuyere a la comisión de hechos antijurídicos. Y, en tercer lugar, tendrá que otorgarse una considerable atenuación de pena al partícipe en un estado de necesidad exculpado y en el exceso de legítima defensa, porque coopera en un hecho en el cual el injusto ya está reducido; los autores en estado de necesidad, al igual que los de un exceso no solamente afectan, sino también preservan bienes jurídicos.

3. La importancia para el derecho de legítima defensa

Es igualmente discutible y dudosa la importancia práctica de la diferenciación entre justificación y exculpación en la legítima defensa. Por cierto que los catedráticos alemanes suelen explicar mayormente en sus clases para principiantes el sentido y la necesidad de esta diferenciación diciendo que en las acciones exculpadas estaría permitida la legítima defensa, pero no lo estaría en las acciones justificadas. Sin embargo, precisamente este ejemplo ilustrativo se ha vuelto en gran medida cuestionable, porque una parte considerable de la ciencia alemana exige una conducta culpable para admitir un derecho a legítima defensa e incluso, en parte, una culpabilidad cualificada (como el dolo del atacante o su accionar conociendo plenamente el injusto)⁽¹⁴⁾. Para ello se hace valer el hecho de que la legítima defensa no

(14) P. ej. exigen conducta culpable KRAUSE, en: LH a Bruns, 1978, p. 71 y ss., 83 y ss.; HAAS, "Notwehr und Nothilfe", 1978, p. 356; HRUSCHKA, en LH a Dreher, 1977, p. 189 y ss., 202; el mismo autor, "Strafrecht nach logisch-analytischer Methode", 1983, p. 139 y ss. Discuten ya la existencia de un "ataque" al faltar la culpabilidad, p. ej., OTTO, en LH a Würtemberger, 1977, p. 129 y ss., 141; el mismo autor, "Grundkurs, Strafrecht, A T", 2^{da} ed., 1982, p. 94; MARXEN, "Die 'sozialethischen' Grenzen der Notwehr, 1979, p. 62; de manera similar también SUPPERT, "Studien zur Notwehr und notwehrähnlichen Lage", 1973, p. 321 y ss.; JAKOBS, "Strafrecht, AT", 1983, cap. 12, n. marg. 19. Exigen incluso algo más que la culpabilidad -de manera diferente- para que se desencadene la legítima defensa, SAMSON, en SK-StGB, 4^{ta} ed. (1985), art. 32, n. marg. 15; H. MAYER, "Strafrecht, AT", 1967, p. 98; SCHMIDHÄUSER, "Strafrecht, Studienbuch", 2^{da} ed. (1984), cap. 6, n. marg. 65; BERTEL, ZStW 84 (1972), p. 1 y ss., 11, nota 41.

solamente sirve para proteger al atacado, sino también para reafirmar el Derecho en contra de sus infractores; pero no sería necesaria tal "preservación del Derecho" cuando el atacante hubiera actuado sin culpabilidad y, por ello, no hubiera sido alcanzable en absoluto por el mandato de la norma.

No comparto este parecer. Pues, en primer lugar, ya se ha mostrado que, al presentarse una causa de justificación, el exculpado también puede ser perfectamente motivado por la norma en la mayor parte de los casos. Cuando el legislador es tolerante y renuncia a una sanción penal, esto tampoco significa, de ninguna manera, que quiere quitar a la víctima del exculpado el derecho a la legítima defensa. Y, en segundo lugar, el derecho de legítima defensa no sirve para penar al atacante, en cuyo caso, sin embargo, no podría ser aplicado contra atacantes inculpables; solamente debe hacer visible en un ataque quién tiene derecho y quién comete un injusto, y esto es incluso posible, sin problemas, cuando el atacante actúe sin culpabilidad. Es una cuestión diferente que la legítima defensa deba ser practicada, frente a atacantes inculpables, de la forma más cuidadosa evitando en lo posible las lesiones; pero ésta no es una cuestión de denegación del derecho de legítima defensa, sino de sus límites ético-sociales, para los cuales nuestra dogmática ha elaborado reglas diferenciadoras y satisfactorias en los últimos 20 años⁽¹⁵⁾.

Entonces, hay que seguir con que las causas de justificación excluyen una legítima defensa y las causas de exculpación la permiten. Incluso si se quisiera seguir la opinión de que a los atacantes inculpables no les estaría permitida una legítima defensa, en este campo todavía no se volvería irrelevante la diferenciación entre causas de justificación y de exculpación. Pues también aquellos que deniegan un derecho de legítima defensa contra ataques inculpables por lo general no quieren dejar sin protección al atacado, sino lo remiten al estado de necesidad justificante del art. 34, con cuya ayuda fundamentan derechos de defensa similares a los que otorga un derecho de legítima defensa restringido a lo ético-social. Pero estos derechos de defensa no están a disposición contra un atacante justificado,

(15) Comp. más detalles en ROXIN, *ZStW* 93 (1981), p. 68 y ss.

cuyo ataque debe soportarse por regla general. Luego, la diferenciación entre justificación y exculpación también sigue siendo importante para el otorgamiento de facultades de defensa en casos en los que se deniega su importancia para el derecho de legítima defensa.

4. La importancia para el tratamiento del error

Finalmente, también es importante para la teoría del error una separación entre causas de justificación y de exculpación. El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación no regulada legalmente en la República Federal de Alemania, según la doctrina dominante y la jurisprudencia, excluye el dolo o por lo menos la punición por un hecho doloso. Por el contrario, la suposición errónea de los presupuestos de una causa de justificación no tiene este efecto. Para el caso más importante en la práctica, de que alguien supusiere falsamente encontrarse en una situación de necesidad exculpante, esto está regulado en el art. 35, segundo párrafo, de tal forma que solo se excluye la culpabilidad en caso de un error inevitable; en los demás casos se impone una pena atenuada de dolo.

Por supuesto que también en este caso tampoco es evidente el tratamiento diferenciado que se suele dar al problema del error en las causas de justificación y en el estado de necesidad exculpante. El Tribunal Federal Alemán había compartido el parecer, antes de la vigencia de la nueva parte general, de que la suposición errónea de una situación de estado de necesidad exculpante excluiría el dolo (ver en: BGH, s. penal, p. 5, 371 y ss.), de manera que en tal medida las causas de justificación y de exculpación serían tratadas de igual manera. No obstante, considero que es justa la regulación diferenciadora de las consecuencias jurídicas de la ley vigente. Pues, quien supone una situación de justificación quiere hacer algo que también coincide con el Derecho en caso de una apreciación objetiva; esto merece en todo caso una pena por imprudencia. Por el contrario, quien supone una situación de exculpación, sabe que actúa antijurídicamente y hace esto también dolosamente. Luego, ha tenido suficientes motivos para apartarse de su conducta. Cuando supone errónea y culpablemente una situación de estado de necesidad, esto no es motivo para liberarlo sin más de una pena por dolo, debido a que incluso un estado de necesidad

realmente existente, tal como hemos visto, solo tiene efectos liberadores de pena en función de necesidades preventivas.

En resumen resulta que las distintas consecuencias jurídicas que pueden deducirse de la diferenciación entre causas de justificación y de exculpación están fundamentadas razonablemente, tanto en lo objetivo como desde el punto de vista de política jurídica. Por cierto que ellas son más o menos controvertidas, así que la discusión sobre la importancia práctica de la diferenciación, en amplios campos, sigue todavía en acción.

V. INTENTOS POR RELATIVIZAR LA DIFERENCIA ENTRE INJUSTO Y CULPABILIDAD

Ahora dedico mi atención a numerosas concepciones que en la literatura actual de Alemania occidental atacan la diferenciación entre causas de justificación y de exculpación, pero no por sus consecuencias jurídicas, sino ya desde los presupuestos, y si bien no lo hacen de manera general, sí se refieren a uno u otro ámbito o tratan de reemplazar la diferenciación con otras soluciones.

1. La teoría unitaria en el estado de necesidad

En la literatura alemana, el único autor que, en el importante campo parcial de la teoría del estado de necesidad, últimamente ha reprobado de manera completa la diferenciación entre justificación y exculpación, es el penalista español GIMBERNAT⁽¹⁶⁾. Para él, cualquier estado de necesidad liberador de pena es una causa de justificación, incluso el del art. 35 que según el legislador alemán sería exculpante. Para la fundamentación, este autor se sirve de la idea, en principio acertada y también varias veces destacada por mí, de que en la situación de estado de necesidad del art. 35, al afirmar la antijuricidad, no falta una culpabilidad del autor, puesto que este, pese a la situación de peligro (en tanto no se dé un caso del art. 20) todavía es asequible normativamente y también podría omitir el hecho de estado de necesidad. De esta comprobación, GIMBERNAT

(16) GIMBERNAT (supra, nota 11), p. 485 y ss.

deduce que el legislador evidentemente no querría impedir la acción del autor y, por ello, la permitiría, pues aun cuando hubiera podido motivar al autor a un accionar fiel al Derecho, no lo hace y renuncia intencionalmente a una sanción penal.

KÜPER⁽¹⁷⁾ ha sometido esta deducción a una minuciosa contracrítica. Por ello solo quiero indicar brevemente dónde, desde mi punto de vista, radica el error de la argumentación de GIMBERNAT: en la asunción no verificada del parecer tradicional de que una conducta típica y antijurídica ya sería en principio punible al presentarse la culpabilidad. Si se siguiera la opinión de que en el así llamado estado de necesidad exculpante se renuncia a la pena, pese a la todavía existente (aunque atenuada) culpabilidad, en tanto lo permitan las necesidades preventivas, entonces la conclusión de GIMBERNAT se desploma. Y es que cuando el legislador se aparta de la punición de una conducta, pese a que podría intentar, no sin perspectivas de éxito, impedirla mediante la pena, entonces esto no tiene que deberse a que considera justificada esta conducta. Más bien, puede mantener su mandato normativo plenamente, declarar la infracción contra este como antijurídica y, pese a todo, liberar de pena al autor porque le parece que una sanción no es conveniente ni por prevención especial ni por prevención general. Precisamente esto ocurre en el estado de necesidad exculpante. El curso mental de GIMBERNAT, perfectamente lógico desde su premisa, adolece, entonces, de una falta de elaboración de la idea de que la culpabilidad, si bien es una condición necesaria también bajo aspectos de dogmática penal, no es, sin embargo, todavía una condición necesaria de la sanción penal.

2. La teoría de MAURACH de la responsabilidad por el hecho

La teoría fundamentada por MAURACH de la “responsabilidad por el hecho”⁽¹⁸⁾ inserta entre la antijuricidad y la culpabilidad la “responsabilidad por el hecho” como categoría sistemática adicional, propia. Consecuente-

(17) KÜPER, *JZ* 1983, p. 88 y ss.; GIMBERNAT replica en la introducción del libro de Cuerda Riezu, “La colisión de deberes en Derecho penal”, 1984, p. 13 y ss.

(18) MAURACH, “Schuld und Verantwortung”, 1948. Actualmente, de manera detallada, MAURACH/ZIPF (*supra*, nota 11), caps. 31 y ss.

mente conoce, junto a las causas de justificación y de exculpación, causas especiales de exclusión de la responsabilidad por el hecho, entre las cuales son mencionadas como las más importantes el estado de necesidad del art. 35 y el exceso en legítima defensa del art. 33. En estos casos no se efectuaría una “disculpa al autor individual”, sino se liberaría de responsabilidad “a alguien por una situación determinada”. El actuar sería “aquí ciertamente incorrecto (el injusto de la acción existe), pero –frente a la naturaleza humana universal– dispensable de manera general, no solo disculpable de manera individual”⁽¹⁹⁾. Las consecuencias prácticas del reconocimiento de tales “causas de exclusión de la responsabilidad” deben concernir sobre todo a dos cuestiones: en primer lugar, deberían descartarse medidas de seguridad en caso de falta de responsabilidad por el hecho, incluso cuando el autor todavía es adicionalmente inimputable; y, en segundo lugar, la participación debería ser impune en caso de faltar responsabilidad del autor por el hecho.

Sobre la base de lo ya expuesto se puede ver fácilmente que esta teoría parte de una observación correcta: en efecto, en el llamado estado de necesidad exculpante, así como en el exceso en legítima defensa, la liberación de pena no se basa en consideraciones individuales de culpabilidad, sino en la consideración de que un actuar no necesita una punición debido a tales situaciones excepcionales. Luego, no se trata de una exclusión de la culpabilidad, sino de la exclusión de la responsabilidad penal. Hasta en la elección de las palabras se muestra aquí la cercanía a la concepción por mí defendida.

Pero, al igual que GIMBERNAT, los defensores de la teoría de la responsabilidad por el hecho, sacan de una concepción correcta deducciones con las que no puedo estar de acuerdo. Y es que la responsabilidad por el hecho no es, como dice ZIPF⁽²⁰⁾, un “nivel previo a la culpabilidad”, de manera que al excluirse –de manera similar que en la exclusión de la antijuricidad– no podría plantearse más la cuestión de la culpabilidad, sino

(19) MAURACH/ZIPF (supra, nota 11), cap. 31, n. marg. 3.

(20) Ver MAURACH/ZIPF (supra, nota 11), cap. 32, n. marg. 1.

la antijuricidad y la culpabilidad deben afirmarse plenamente en los casos del art. 35 y en el exceso en legítima defensa; la pena no tiene lugar, tal como se ha enfatizado repetidamente, solamente por el hecho de que no hay razones de prevención que la exijan necesariamente. Entonces, el estado de necesidad exculpante y el exceso en la legítima defensa, en el sistema del Derecho penal, no se sitúan delante sino detrás de la culpabilidad. Pues estos casos están más cercanos de la punibilidad, no más lejanos que los casos de inimputabilidad y de error de prohibición invencible⁽²¹⁾.

Tampoco convencen los resultados prácticos a los cuales arriba la teoría de la responsabilidad por el hecho con motivo de su clasificación sistemática situada entre la antijuricidad y la culpabilidad. Ya se ha expuesto (IV 2) que, correctamente, la participación en un hecho de estado de necesidad no justificado, sino solamente liberado de pena en virtud del art. 35, debe ser considerada igualmente punible que aquella participación en un exceso de legítima defensa. Tampoco se entiende la suposición de que en los casos de los arts. 35 y 33 nunca debería entrar en consideración una medida de seguridad. Ciertamente, por lo general un hecho cometido por un enfermo mental bajo los presupuestos del art. 35 no será un indicio para su peligrosidad, de manera que por este motivo se descarta una medida de seguridad conforme al art. 63. Pero cuando las circunstancias concomitantes de un homicidio cubierto de por sí mediante el art. 35 muestran que el enfermo mental –p. ej., porque estaba bajo un delirio homicida– es peligroso para la colectividad, es perfectamente apropiado imponer una medida de seguridad. Con más razón rige esto cuando alguien, precisamente a consecuencia de una enfermedad mental, tiende a cometer excesos de legítima defensa por confusión, temor o susto, los cuales son peligrosos para la vida⁽²²⁾.

(21) También HIRSCH (supra, nota 10), com. previo, art. 32, n. marg. 174, habla de que la teoría de la responsabilidad por el hecho pondría al revés “la jerarquía de niveles de valoración”.

(22) Así JESCHECK, “Lehrbuch”, 3^{ra}. ed. (1978), cap. 39, V, 2, p. 348, y siguiéndolo, HIRSCH (supra, nota 10), com. previo art. 32, n. marg. 174.

Después de todo esto, no hay motivo alguno para someter los casos de estado de necesidad justificante y el exceso de legítima defensa a una categoría de causas de liberación de pena, situada entre las causas de justificación y las causas de exculpación, autónomas y provistas de consecuencias jurídicas propias.

3. La teoría del espacio libre de Derecho

También la teoría del espacio libre de Derecho crea casos de liberación de pena, situados entre la justificación y la exculpación. Esta teoría ha sido defendida desde hace tiempo por algunos renombrados autores, pero últimamente con especial énfasis sobre todo por Arthur KAUFMANN⁽²³⁾. La teoría supone que en determinados casos de colisión difícilmente resolubles, especialmente allí donde se enfrentan vida contra vida, el legislador “retira sus normas”⁽²⁴⁾, “renuncia a una valoración” y deja que el particular autorresponsable decida cómo quiere comportarse. Su accionar no estará ni justificado (lo que significaría una valoración aprobatoria) ni solamente exculpado (lo que implicaría una desaprobación jurídica) sino “no prohibido”. KAUFMANN ilustra esto especialmente con el ejemplo del aborto impune cubierto por una indicación legal (art. 218a), el cual no estaría ni justificado ni exculpado (y por lo tanto sería antijurídico), sino no estaría ni siquiera valorado por el ordenamiento jurídico. El Derecho endosaría al propio participante la determinación y respetaría su decisión “como fuera que ésta se produzca”⁽²⁵⁾. En las consecuencias prácticas, esto se refleja en que KAUFMANN⁽²⁶⁾ juzga como impune la participación en una acción no prohibida y quiere utilizar correspondientemente la regla del error de tipo en el error sobre los presupuestos de una acción no prohibida, de manera que en tal medida el aborto por indicaciones se equipara a una

(23) Arthur KAUFMANN, en LH a Maurach, 1972, p. 327 y ss., donde también hay ref. sobre la literatura antigua.

(24) KAUFMANN (supra, nota 23), p. 336.

(25) *Idem* (supra, nota 23), p. 341.

(26) *Idem* (supra, nota 23), p. 342.

causa de justificación. Pero en la legítima defensa se da una variación que KAUFMANN tampoco quiere permitir ni prohibir, lo que tiene por efecto que un impedimento violento del aborto por un enemigo de los abortos es tan punible como una eventual resistencia del médico.

En este lugar solo puedo manifestarme muy brevemente sobre la amplia problemática del espacio libre de derecho, aunque sí tomando una posición clara en relación con nuestro tema. Yo opino que según la teoría del Derecho debe reconocerse un espacio libre de Derecho previo a los tipos penales; p. ej., nada se opone, siguiendo una opinión muy difundida⁽²⁷⁾, a que no se considere al suicidio ni permitido ni prohibido, sino se le asigne al espacio libre de Derecho y se deriven de ello consecuencias jurídicas para el caso de un rescate contra la voluntad del afectado. Pero cuando una conducta –como el aborto o la muerte de una persona– ha sido declarada por la ley como típica, ya no es posible una retirada al espacio libre de derecho. Pues si la violación de un bien jurídico –p. ej., de la vida en formación– declarada punible por sí misma, es declarada impune en determinados casos excepcionales, entonces se abandona la protección de este bien jurídico. En esto se oculta necesariamente una valoración⁽²⁸⁾, pues el legislador debe juzgar estas interrupciones del embarazo, si es que no los considera necesitados de pena, de manera distinta que a aquellos que sanciona penalmente.

También en las consecuencias jurídicas, que son vinculadas al supuesto carácter no prohibido, el Derecho penal no puede evadir una valoración. Pues, o bien uno se alinea con las causas de justificación (como lo hace KAUFMANN en la participación y en el error y como resulta también evidente en la legítima defensa), porque un ataque no prohibido no presenta después de todo la antijuricidad exigida para el derecho de defensa en el art. 32. En este caso, la liberación de pena vinculada al ser no prohibido

(27) Enérgicamente, GALLAS, "Beiträge zur Verbrechenslehre", 1968, p. 180 y ss.

(28) Comp. la crítica de LENCKNER que concuerda con lo expuesto en lo esencial, "Der rechtfertigende Notstand", 1965, pp. 15-31; HIRSCH, en LH a Bockelmann, 1978, p. 89 y ss.; YAMANAKA, Kansai University Review of Law and Politics, marzo, 1984, N° 5, p. 67 y ss.

objetivamente ya no se diferencia en nada de una causa de justificación. O bien se otorga, tal como lo han hecho distintos partidarios del espacio libre de Derecho⁽²⁹⁾, al opositor del aborto un derecho de ayuda necesaria a favor del embrión argumentando “que se trata, después de todo, de una intervención en un bien jurídico ajeno para la cual no existe ninguna autorización”⁽³⁰⁾. En ese caso se ha definido en realidad como causa de exculpación la intervención liberada de pena bajo la terminología extraña del carácter prohibido, pues la legítima defensa sirve para la afirmación del Derecho contra el injusto, es decir, implica la valoración negativa del ataque (en nuestro ejemplo referido al aborto).

Del dilema de que no hay una tercera categoría sustancial de liberación de pena entre la justificación y la exculpación, puede uno salirse solamente, en la línea de KAUFMANN, considerando también que la defensa frente a un ataque no está ni permitida ni prohibida, sino aceptada, al igual que una eventual resistencia del atacante, sin comentar todas las consecuencias jurídicas. Pero esto significaría que, p. ej., en el caso del aborto, estaría permitido que sus partidarios y enemigos se enfrenten abiertamente en la clínica con graves lesiones para ambas partes o incluso puedan eventualmente matarse unos a otros, sin que esto tenga consecuencias jurídicas. Tolerar un “caos jurídico”⁽³¹⁾ de este tipo contradice la tarea ordenadora del Derecho; tampoco puede satisfacer que la solución al conflicto sea simplemente dejada a los puños más fuertes. Renuncio a explicar la problemática del espacio libre de Derecho adicionalmente con el ejemplo de los casos más difíciles, en los cuales la vida humana solo puede ser salvada a costa de otra vida humana⁽³²⁾. Con el espacio libre de Derecho se llega aquí también a las mismas aporías que en el aborto.

(29) Últimamente PHILIPPS, ARSpH 52 (1966), p. 195 y ss., 205.

(30) KAUFMANN (supra, nota 23), p. 342.

(31) HIRSCH (supra, nota 28), p. 103.

(32) La cuestión de la justificación ha sido tratada ejemplarmente por KÜPER en su monografía “Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht”, 1979.

4. La teoría de las causas de exclusión del injusto penal

El intento más reciente de insertar una tercera categoría de causas de liberación de pena entre la justificación y la exculpación ha sido emprendido por GÜNTHER en su libro extraordinariamente incitante sobre “La antijuricidad penal y la exclusión de injusto penal”⁽³³⁾. Este autor introduce la categoría de las llamadas causas auténticas de exclusión del injusto penal, destinadas no a excluir la antijuricidad, es decir, que no deben provocar una aprobación jurídica, ni tampoco eliminar recién la culpabilidad y la responsabilidad, sino eliminar ya el “injusto merecedor de pena”. Para decirlo con las propias palabras de GÜNTHER⁽³⁴⁾:

“Para la exclusión del injusto penal ya es suficiente que falte el grado de elevación del injusto indiciado por el tipo penal: el contenido de merecimiento de pena. La negación de la ‘antijuricidad’ significa la renuncia por el Derecho penal a la desaprobación especialmente masiva frente a la realización de un tipo penal, pero ello no significa simple y llanamente renunciar a la desaprobación jurídica de la conducta”.

Tales auténticas causas de exclusión del injusto penal serían, p. ej., la salvaguarda de legítimos intereses (art. 193), la indicación en el aborto (art. 218a), el consentimiento presunto, el Derecho de corrección y las así llamadas situaciones parecidas al estado de necesidad, entre las cuales cuentan determinados casos de colisión de deberes, de estado de necesidad bajo coacción, de la infracción de las fronteras justificantes de la legítima defensa y del estado de necesidad.

La participación en una acción cubierta por una causa auténtica de exclusión del injusto penal sería impune; el error sobre los presupuestos objetivos de tal liberación de pena debería ser tratado como un error de tipo, es decir, excluyendo el dolo⁽³⁵⁾. En tal medida las causas auténticas de exclusión del

(33) GÜNTHER, “Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss”, 1983.

(34) *Idem* (supra, nota 33), p. 394 y ss.

(35) *Idem* (supra, nota 33), p. 390 y s., 386 y ss.

injusto penal se equiparan a las causas de justificación. Por el contrario, las conductas que caen bajo una causa auténtica de exclusión del injusto penal pueden suponer un ataque antijurídico en el sentido del art. 32, que habilita a la legítima defensa⁽³⁶⁾. Debería probarse de caso en caso si la víctima tiene que soportar o no la lesión amenazante de sus bienes jurídicos. Donde solo falta el merecimiento de pena de la intervención se otorgará mayormente un derecho de legítima defensa, de manera que la exclusión del injusto penal, en este punto, es tratada como una causa de disculpa.

La concepción tiene cierta similitud con la teoría del espacio libre de Derecho, sobre todo en el campo del estado de necesidad. Pero esta teoría va mucho más allá al clasificar gran parte de las liberaciones de pena, que tradicionalmente se entienden como justificación o disculpa, dentro de las causas de exclusión del injusto penal, reduciendo considerablemente con ello la importancia de las categorías tradicionales.

Lamentablemente no es posible aquí, en este espacio tan reducido, apreciar adecuadamente el voluminoso libro de GÜNTHER, rico en ideas. Tendría que probarse cada causa de exclusión del injusto penal en sí misma para ver si, bajo puntos de vista teleológicos, su tratamiento es preferible a aquel como causa de justificación o de exclusión de la culpabilidad. Esto lo he intentado en otro lugar para las constelaciones especialmente numerosas y difíciles de la situación parecida al estado de necesidad; debo remitirme a lo allí dicho⁽³⁷⁾. El resultado que obtuve es que las soluciones alcanzables con el instrumental dogmático tradicional, que llevan en parte a la justificación, en parte a la exculpación y también en parte a la punibilidad, son más adecuadas que el compromiso uniformizado a que conduce la suposición de causas auténticas de exclusión del injusto penal. Aquí me limito a escoger otro caso, el del derecho de corrección del maestro; quiero tratar de desarrollar con ayuda de este ejemplo, algunas ideas sobre la categoría de las causas auténticas de exclusión del injusto penal.

(36) *Idem* (supra, nota 33), p. 380 y ss.

(37) ROXIN, LH a Oehler, 1985, p. 181 y ss.

GÜNTHER opina que un profesor que castiga corporalmente a un alumno menor de 14 años “con motivos fundamentados, moderadamente y siguiendo fines educativos”, no debería ser penado por delito de lesiones (arts. 223, 340)⁽³⁸⁾, aun cuando un castigo esté prohibido por el ordenamiento de la escuela. Si bien la prohibición reglamentaria escolar excluiría la jurisdicción general y con ello una aprobación jurídica, no obstante estaría orientado por objetivos pedagógicos y no por objetivos de política criminal. Estos últimos no exigirían una punibilidad del maestro, quien por esto se vería apoyado por una causa de exclusión del injusto penal.

Esta es una idea discutible y apreciable por su orientación en los fines del Derecho penal. Sin embargo, me parece dudosa, pues opino que el legislador al colocar los tipos decide sobre si una afección a bienes jurídicos debe ser impedida o no en lo principal por amenazas penales. La cuestión de si las lesiones corporales son o no punibles ya ha sido aclarada afirmativamente mediante los arts. 223, 340 y no está sometida a ninguna valoración adicional de política criminal por parte del juez. Si bien en determinadas situaciones señaladas legalmente hay lesiones justificadas o exculpadas, se destrozaría cualquier seguridad jurídica y difícilmente podría armonizarse con el principio de determinación legal, si la jurisprudencia también pudiera afirmar o negar, según su propia política criminal, causas de exclusión del injusto penal en caso de ausencia de hechos justificantes o disculpantes. GÜNTHER opina:

“Tampoco las prohibiciones de castigo del reglamento escolar, aun cuando tengan forma de ley, pueden reemplazar la necesaria manifestación de voluntad político-criminal del legislador penal, dado que aquellas solamente persiguen fines de política escolar y no fines de política criminal.”

Luego, el legislador, si quisiera sancionar penalmente las lesiones corporales efectuadas por maestros, tendría entonces no solo que excluir expresamente cualquier justificación, sino incluso que agregar al tipo penal de los arts. 223, 340 la observación: “Esta disposición rige sin restricciones

⁽³⁸⁾ Sobre esto y lo que sigue, v. supra nota 33, p. 357 y ss.

también para los maestros”. No puedo considerar que esto sea correcto, pues los tipos siempre rigen para cualquiera, en tanto no contengan restricciones expresas.

Por cierto que también será un atentado contra el art. 2, segundo y tercer párrafos de la GG, según los cuales puede intervenir en la integridad corporal “solamente con motivo de una ley”, si se creará *praeter legem* tal posibilidad de intervención con ayuda de una causa de exclusión del injusto penal. No me parece convincente el argumento en contra de que aquí no se crea ningún derecho de intervención, sino solamente se niega el merecimiento de pena, porque el legislador constituyente sabía que la integridad corporal es protegida por otra disposición penal y no quería ver eliminada precisamente esta protección penal sin una delegación de poderes por ley expresa.

La problemática de la construcción se muestra también en el derecho de legítima defensa. GÜNTHER pretende conceder un derecho de legítima defensa al alumno, que es moderadamente castigado por el maestro por un motivo justificado, basándose en que solamente estaría excluido un injusto penal aunque no se produzca una justificación⁽³⁹⁾. Pero dado que el alumno ha provocado el ataque, su legítima defensa debe ser limitada. Este solo debe poder practicar una “defensa de protección”, “es decir, escapar al ataque huyendo, pero no oponerse corporalmente”. Aparte de que es dudoso que se pueda hablar de provocación culpable en un alumno inculpable, GÜNTHER no dice qué debe suceder cuando el alumno, como sucede mayormente en aulas cerradas, no puede huir. En este caso, el alumno tendría que poder devolver los golpes, según las reglas de la legítima defensa provocada. GÜNTHER incluso pretende aprobar nuevamente una causa de exclusión del injusto penal al alumno que podía huir, pero que a pesar de ello golpea al maestro; esta causa estaría disponible para los casos de infracción de los límites ético-sociales de la legítima defensa⁽⁴⁰⁾. Pero esto solamente puede significar que en las aulas de clases pueden ocurrir peleas

(39) *Idem* (supra, nota 33), p. 384.

(40) *Idem* (supra, nota 33), p. 384, nota 20.

entre maestros y alumnos e incluso cosas peores (hasta llegar al homicidio), sin que el Derecho penal haga frente a esto. No soy capaz de comprender que la razón político-criminal tenga que apoyar estas consecuencias, que trasladan el espacio libre de Derecho a lo cotidiano, limitado después de todo a situaciones extremas.

Lo que aquí ha sido mostrado en un ejemplo, rige para otras causas de exclusión del injusto penal, pero solo limitadamente. Sin embargo, de manera general se podrá decir: donde aquí se crean liberaciones de pena para casos de ausencia de causas de justificación u otros casos que van más allá de sus límites, se está reemplazando la determinación legal de la pena por la determinación del juez o de la doctrina. Y de manera general rige también que se fomenta la traslación violenta de conflictos cuando, por un lado, se reduce el umbral de inhibición frente a las realizaciones típicas y antijurídicas al crear causas de exclusión del injusto penal, pero, por otro lado, se alienta a que la víctima recurra a la autoayuda al otorgarle la legítima defensa y al hacer que el Derecho penal retroceda. No creo que esto sirva para la paz social. Por ello, independientemente del respeto que provocan las tendencias limitadoras de la punibilidad, que se encuentran detrás de la concepción de GÜNTHER, me parece que no es conveniente agregar una nueva categoría de causas de exclusión del injusto penal entre las causas de justificación y de exculpación. En lo que se refiere a la ubicación de las causas de liberación de pena, que han sido vistas hasta ahora como causas de justificación (como el consentimiento presunto o el aborto por indicaciones legales), estas pueden quedarse indudablemente en la justificación si se es consciente de que la justificación no expresa necesariamente la aprobación, sino solamente la legalidad de una conducta.

VI. CAUSAS DE EXCULPACIÓN Y DE EXCLUSIÓN DE LA PENA

Para terminar quiero tratar, correspondientemente con mi listado de temas, las demás “causas de exclusión de la pena”, entre las cuales deben contarse, junto con las causas personales y objetivas de exclusión de la pena en el sentido estricto de la palabra, también las así llamadas causas de levantamiento de la pena y la falta de condiciones objetivas de punibilidad.

Estas causas de exclusión de la pena constituyen un amplio y descuidado campo, cuyo cultivo exacto exige todavía muchas monografías. Me tendré que limitar y renunciar desde el principio a un análisis de numerosas y particulares liberaciones de pena, cuya pertenencia a la categoría de las causas de exclusión de la pena es por lo general ampliamente discutible. Tampoco puedo tratar la difícil cuestión de cómo deben delimitarse las causas jurídico-materiales de exclusión de pena de los presupuestos procesales⁽⁴¹⁾, pues mi tema solo atañe a la separación en el campo de las causas de justificación y de exculpación, pero no a la cuestión ulterior de la diferenciación entre el Derecho material y el procesal.

Hasta ahora no ha sido encontrado un criterio de contenido que podría designar lo objetivamente común de todas las causas de exclusión de la pena. Solo existe consenso en que se trata de liberaciones de pena de carácter jurídico-material que están más allá del tipo, la antijuricidad y la culpabilidad. Así p. ej. LENCKNER⁽⁴²⁾ no puede proporcionar ningún criterio unitario, y también HIRSCH opina⁽⁴³⁾:

“A diferencia de los casos de exclusión de la culpabilidad, las causas de exclusión de la pena no pueden extraerse de principios dogmáticos generales, sino solo de la ley, ya que la cuestión de en qué medida el ordenamiento jurídico permite excepcionalmente que no se dé la punibilidad de una conducta típica, antijurídica y culpable, atañe a una pura decisión valorativa legal”.

Allí donde, no obstante, se buscan puntos de vista unitarios que sirvan de guía para las “demás causas de exclusión de la pena”, estos se mueven de manera todavía no esclarecida entre los conceptos de “merecimiento de pena” y “necesidad de pena”. Para SCHMIDHÄUSER⁽⁴⁴⁾, las llamadas por él causas de exclusión del hecho penal se separan de las causas de justificación

(41) Comp. al respecto Hilde KAUFMANN, “Strafanspruch, Strafklagerecht”, 1968; VOLK, “Prozeßvorsetzungen im Strafrecht”, 1978.

(42) LENCKNER (supra, nota 5), com. previo art. 32, n. marg. 128 y ss.

(43) HIRSCH (supra, nota 10), com. previo art. 32, n. marg. 213.

(44) SCHMIDHÄUSER (supra, nota 14), cap. 9, n. marg. 12.

y de exculpación por la razón de que presuponen el hecho antijurídico y culpable y deben ser recién entendidas como negación definitiva del merecimiento de pena del curso de los hechos. Pero, dado que por lo menos las causas de exculpación se basan en la falta de merecimiento de pena, queda sin respuesta la cuestión de cuál es la diferencia de la negación del merecimiento de pena en uno y otro caso. Por el contrario, JESCHECK dice⁽⁴⁵⁾:

“El merecimiento de pena del hecho, en los casos en los cuales entran en consideración tales circunstancias, debe afirmarse de por sí, pero el injusto y la culpabilidad no son aquí lo determinante. Más bien, las especiales excepciones personales tienen por consecuencia que se excluya desde el principio la necesidad de pena para el hecho o se la suprime posteriormente”. Las causas para la exclusión de la necesidad de pena, para JESCHECK, son “en parte de naturaleza extrapenal”, en parte constituyen “puntos de vista específicamente penales”; entonces, el principio de necesidad de pena tampoco descansa sobre un principio dogmático unitario.

No obstante, me parece que en la anotación de JESCHECK radica un enfoque para la solución del problema. Así, la investigación monográfica que BLOY presentó en 1976 sobre “La importancia dogmática de las causas de exclusión de la pena y de levantamiento de la pena”⁽⁴⁶⁾ confirma lo que JESCHECK insinúa y lo que yo también ya había expuesto alguna vez hace más de 15 años⁽⁴⁷⁾: cuando de entre el variopinto (por falta de claridad teórica) cúmulo de liberaciones de pena, designadas como causas de exclusión de la pena, se descarta a aquellas que tienen que ser interpretadas como restricciones del tipo, causas de justificación u obstáculos procesales, queda un núcleo remanente de dos distintos grupos de casos, objetivamente distintos, en los cuales se realiza el injusto culpable, pero a los cuales, por otras razones, se les niega la punibilidad.

(45) JESCHECK (supra, nota 22), cap. 52, I, p. 446.

(46) BLOY, “Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe”, 1976.

(47) ROXIN (supra, nota 6), p. 33.

Al primer grupo pertenecen casos como los de los arts. 173, tercer párrafo, 258, sexto párrafo, y también, p. ej., el desistimiento voluntario de la tentativa. Según el art. 173, tercer párrafo, no se pena el incesto entre descendientes y entre hermanos cuando el autor al momento del hecho todavía no tenía 18 años de edad; el art. 258, sexto párrafo, permite la impunidad del encubrimiento a favor de parientes; también el desistimiento voluntario de la tentativa libera, como se sabe, de pena. Los casos se asemejan en que presuponen una conducta injusta que el autor de por sí hubiera podido y debido impedir. Pero el legislador renuncia a la pena, porque le parece que esta es preventivamente inadecuada o innecesaria. La punición de menores por incesto ocasionaría mucho más daño que ventajas desde la perspectiva preventivo-especial. El encubrimiento a favor de un pariente es un caso que se acerca al estado de necesidad exculpante del art. 35 y en el que la liberación de pena se basa en que se quiere ahorrar al autor el conflicto de lealtad y de conciencia que traería consigo la obligación de dejar a su suerte a sus parientes. La tentativa es impune en caso de desistimiento voluntario, pues el autor ha regresado a la legalidad por su propia voluntad y sin haber lesionado ningún bien jurídico; y por eso no existe ningún motivo suficiente para la sanción desde la perspectiva preventivo-especial o preventivo-general. Entonces, son ponderaciones sobre los fines de la pena los que conducen a la impunidad en estos casos.

Por el contrario, en el segundo grupo, la liberación de pena no se basa en reflexiones de política criminal, sino en ponderaciones extrapenales de intereses. Cuando, p. ej., los Parlamentarios gozan de inmunidad parlamentaria, según el art. 36, de modo que no pueden ser penados por injurias ni difamación bajo los presupuestos allí nombrados, esto no puede justificarse penalmente de ninguna manera, sino es un tratamiento desigual; los Parlamentarios no dan ningún ejemplo a la población cuando se insultan en el Parlamento en una forma que cualquier otra persona tendría que contar con una pena. La liberación de pena tiene un motivo exclusivamente de Derecho público: la libertad de expresión de los Parlamentarios y la funcionabilidad de los órganos legislativos no deben ser afectadas por la inundación de procesos por injurias que, en caso contrario, serían forzadas por motivos políticos. Los intereses penales se subordinan a este objetivo

de Derecho público. También se trata de una ponderación extrapenal de intereses cuando el art. 104a hace depender la punición de delitos contra Estados extranjeros de la existencia de relaciones diplomáticas y de la garantía de reciprocidad. Son motivos de política exterior los que llevan a que aquí una conducta punible de por sí quede eventualmente impune. Igualmente también motivos de política familiar (como en el antiguo hurto entre esposos, art. 247, segundo párrafo en su antigua versión) u otros puntos de vista derivados de intereses superiores de otros ámbitos del Derecho, pueden llevar a la liberación de pena.

Mi tesis que resulta sin problemas de lo anteriormente expuesto, es la siguiente: solo los casos del segundo grupo deben ser reconocidos como causas de exclusión de la pena y condiciones objetivas de punibilidad. Por el contrario, los ejemplos del primer grupo son casos de exclusión de responsabilidad o, expresado de manera menos exacta: causas de exculpación. Pues situaciones como las de los arts. 173, tercer párrafo, 258, sexto párrafo o del desistimiento voluntario de la tentativa se asemejan al estado de necesidad del art. 35 o al exceso de legítima defensa (art. 33) en que, pese a una cierta culpabilidad, se renuncia a una sanción, porque consideraciones sobre los fines de la pena de tipo diferente en cada caso la hacen aparecer innecesaria. No hay ningún motivo para remitir a otra categoría del delito hechos que se asemejan en el punto decisivo a las exculpaciones reconocidas desde hace tiempo. También las consecuencias jurídicas deben ser las mismas que en las demás causas de exclusión de la responsabilidad, es decir, la participación de los extraños sigue siendo punible y los casos de error deben ser tratados empleando analógicamente el art. 35, segundo párrafo. Entonces, quien cree erróneamente que la persona cuya sanción penal está frustrando es un pariente, recibe una atenuación de pena e incluso es impune en caso de que el error sea invencible.

Luego, quedan como causas de exclusión de la pena y como condiciones objetivas de punibilidad solamente aquellos casos en los cuales la liberación de pena depende de ponderaciones de intereses de tipo extrapenal. La reducción de estos casos a un grupo especial de liberaciones de pena, ubicado independientemente junto a las causas de justificación

y de exculpación, se legitima también debido a que tienen que ser vinculados a efectos jurídicos totalmente distintos. El error tiene que ser aquí totalmente irrelevante, pues no concierne a ningún punto de vista jurídicamente relevante. El Parlamentario que injuria gravemente a otros porque cree erróneamente encontrarse en una Comisión parlamentaria, es tan responsable penalmente como aquel que comete delitos contra Estados extranjeros suponiendo sin razón que no podría ser penado por ellos debido a la falta de relaciones diplomáticas. Tales especulaciones no merecen ninguna protección.

Por el contrario, no es punible así como así la participación en una conducta que es impune debido a una causa de exclusión de la pena o a la falta de una condición objetiva de la punibilidad, a diferencia de lo que pasa en las causas de exculpación y en contra de la opinión totalmente dominante. Más bien, esta conducta es impune en la medida en que también valen para el partícipe las ponderaciones de intereses extrapenales, que llevan a la liberación de pena del autor. Así es por regla general: con justicia indica JAKOBS⁽⁴⁸⁾ que tampoco debería ser penado el asesor del parlamentario, autor del discurso injurioso que este último da en el Parlamento, pues con ello se vería afectada de manera mediata la libertad de expresión del propio parlamentario, el cual no puede hablar sin su asesor. Por ello, JAKOBS busca construir la inmunidad como causa de exclusión del tipo. Pero con ello se desconoce que un atentado al honor sigue siendo un atentado al honor, donde sea que se produzca, y que no es en nada correcta la suposición de que en una causa de exclusión de la pena la participación sería siempre punible, lo cual solo se debe a que se entremezcla erróneamente estas liberaciones de pena con casos de exculpación. Así, p. ej., también debe ser punible quien participa solo como instigador o cómplice en un hecho punible contra un Estado extranjero, con el cual no existen relaciones diplomáticas o no se garantiza la reciprocidad.

Si se limitan, como consiguientemente aparece apropiado, las causas de exclusión de la pena a casos de ponderación de intereses extrapenales, se muestra que esta categoría del delito no puede ser comprendida con los

⁽⁴⁸⁾ JAKOBS (supra, nota 14), cap. 10, n. marg. 16.

conceptos de “merecimiento de pena” y “necesidad de pena”. Ambos conceptos tienen su lugar en la teoría de la responsabilidad: es razonable decir que solo la conducta culpable es merecedora de pena y que esta conducta merecedora de pena necesita una pena al añadirse necesidades preventivas de punición⁽⁴⁹⁾. De esta manera, caen dentro del grupo de falta de necesidad de pena los casos de liberación de pena motivados por política criminal que, si bien son vistos por muchos como causas de exclusión de la pena, yo los he ordenado dentro de la exclusión de responsabilidad.

Las causas de exclusión de la pena, tal como aquí se expone, están más bien creadas de tal manera que el merecimiento de pena y la necesidad de pena deben ser afirmados, sacrificando, sin embargo, la necesidad de pena exigida en aras de intereses extrapenales.

VII. RESUMEN

Mis resultados finales son que si bien la diferenciación entre causas de justificación, de exculpación y otras causas de exclusión de la pena está expuesta a diversas objeciones, es siempre fructífera después de algunas aclaraciones. Ella debería ser mantenida y no difuminada a través de equiparaciones simplificadoras y nuevas formas intermedias.

Una conducta está justificada cuando la colisión de dos bienes jurídicos se soluciona de manera legal, permitiendo la intervención. Una conducta es disculpada cuando la intervención en un bien jurídico ajeno no es legal, sino está prohibida, pero pese a ello el legislador no hace responsable al autor porque o bien falta la culpabilidad o bien falta una necesidad preventiva de punición. Finalmente, una causa de exclusión de la pena interviene cuando una conducta no está ni justificada ni disculpada, pero se oponen a una punición razones de orden extrapenal. He tratado de mostrar con algunos ejemplos que esta diferenciación debe conducir también a resultados jurídicos diferentemente fundamentados en lo teleológico.

⁽⁴⁹⁾ Comp. al respecto BLOY (supra, nota 46), p. 242 y ss.



Acerca del consentimiento en el Derecho penal (*)



I. SOBRE EL ESTADO ACTUAL DE LA TEORÍA DEL CONSENTIMIENTO

La opinión actualmente dominante en la República Federal Alemana distingue, siguiendo a GEERDS⁽¹⁾, entre acuerdo y consentimiento⁽²⁾. Según esta doctrina, el acuerdo tiene el efecto excluyente del tipo. Esto entra en consideración en aquellos tipos en los cuales la acción típica presupone ya conceptualmente un actuar contra la voluntad del lesionado o sin esta (invito laeso). Aquí pertenecen, sobre todo, los delitos de coacción: cuando alguien está de acuerdo con la exigencia de otro no se da una

(*) N. d. t. Título original en alemán: "Über die Einwilligung im Strafrecht", publicado en "Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia", t. III, Coimbra, 1984, pp. 396-434.

(1) "Einwilligung und Einverständnis des Vertetzten", tesis doctoral, Kiel, 1953; "Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht", *GA* 1954, p. 262 y ss.

(2) Comp. p. ej. BLEI, "Strafrecht, AT", 18^{ava.} ed., cap. 37 I; BOCKELMANN, "Strafrecht, AT", 3^{ra.} ed., cap. 15, C, I; GEPPERT, *ZStW* 83, 1971, p. 968; JESCHECK, "Strafrecht, AT", 3^{ra.} ed., cap. 34; SAMSON en *SK* (4^{ta.} ed.), n. marg. 36 y ss., com. previo art. 32; además los autores mencionados en la nota 4. También la jurisprudencia admite parcialmente un acuerdo excluyente del tipo (así BGH, s. penal, t. 23, p. 3 para el art. 236), parcialmente un consentimiento justificante (BGH, s. penal, t. 17, p. 360 para el art. 223, BGH, s. penal, t. 23, p. 3 y 4 para el art. 185).

coacción justificada, sino no hay coacción (art. 240)⁽³⁾; cuando una mujer consiente en el acto sexual, la conducta del hombre no puede ser típica de una violación (art. 177), etc. Pero la ley provee también otros numerosos ejemplos: cuando la entrada de un visitante es bienvenida por el titular de la casa, ya no existe el “irrumper” que presupone el tipo de violación de domicilio (art. 123); cuando alguien asiente que otro se lleve una cosa de su esfera de dominio, no existe una “sustracción” en el sentido del art. 242, porque no está dada la necesaria “ruptura” de la custodia ajena; quien rapta a una mujer de acuerdo con la voluntad de esta o quien usa un auto ajeno contando con el permiso del propietario, no puede completar los tipos de los arts. 237, 248b, porque estos tipos exigen un actuar en contra de la voluntad del afectado. Todos estos casos tienen en común que el acuerdo excluye desde el principio la lesión del bien jurídico protegido; la libertad de ejercer la voluntad, el derecho de casa, la custodia, etc., no son lesionados cuando el afectado está de acuerdo con la acción del autor.

Por el contrario, el consentimiento en sentido estricto, cuando es dado por el portador del correspondiente bien jurídico, solamente debe tener efecto justificante, pero no excluir la realización del tipo. Los ejemplos principales provienen de los tipos de daños y lesiones. Cuando el propietario permite a otro dañar sus cosas o destruirlas, el consentimiento, según la doctrina dominante, no cambia para nada el hecho de que la cosa y una propiedad ajena han sido lesionadas de manera típica. Según esta opinión, el consentimiento solamente excluye la antijuricidad, lo cual es fundamentado mayormente con que en el consentimiento radicaría una renuncia a la protección del Derecho, renuncia que tendría fuerza justificante como efecto del derecho individual de autodeterminación, sea por derecho consuetudinario o con base en la libertad constitucional de acción (art. 2 GG)⁽⁴⁾. Otros autores dicen que la justificación

(3) Los artículos sin mención de ninguna ley provienen del C. P. alemán.

(4) BICHLMEIER, *JZ*, 1980, p. 53 y ss.; DREHER/TRÖNDLE, *StGB*, 42^{ava.} ed., n. marg. 3b, com. previo art. 32; GEERDS, *GA* 1954, p. 263; el mismo autor, *ZStW* 72, 1960, p. 42; HIRSCH en *LK* (10^{ma.} ed.), n. marg. 104, com. previo art. 32 (con modificaciones); LACKNER, “*StGB*”, 16^{ava.} ed., 5 com. previo art. 32; LENCKNER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, “*StGB*”, 22^{ava.} ed., n. marg. 33, com. previo art. 32; WELZEL, “*Das Deutsche Strafrecht*”,

se debe a que el desvalor de la lesión del bien jurídico sería ponderado con una libertad de disposición del particular, teniendo el efecto de que ante un mayor valor de la libertad de disposición, el consentimiento sería efectivo⁽⁵⁾.

De la diferenciación entre acuerdo y consentimiento se deducen seis diferencias esenciales para el tratamiento práctico de los casos que se presenten; estas diferencias se deberán derivar en parte de la contraposición entre la naturaleza más bien "fáctica" del acuerdo en relación con el carácter "jurídico" del consentimiento (1.4), en parte de la clasificación sistemática divergente de ambas figuras (4,6).

1. En el acuerdo debe importar únicamente la voluntad interna de quien está de acuerdo, aun cuando esta voluntad no se hubiera manifestado hacia afuera; en el consentimiento, por el contrario, por lo menos se exige que éste sea reconocible en el mundo exterior a través de palabras o acciones⁽⁶⁾. En el "caso del ladrón", en el cual el propietario está internamente de acuerdo con la sustracción de sus cosas para después poder probar la culpabilidad del ladrón y hacerlo arrestar, solo habría una tentativa inidónea de hurto por ausencia del quebrantamiento de la custodia⁽⁷⁾. Por el contrario, debe admitirse un delito consumado de daños cuando el propietario consiente, de una manera no reconocible hacia fuera, que el otro destruya sus cosas, porque él calcula la posibilidad de obtener algo nuevo y mejor gracias al seguro. Sobre nuestro punto de vista, véase en IV.

11^{ava}. ed., 1969, p. 95; WESSELS, "Strafrecht, AT", 16^{ava}. ed., cap. 9, I, 2; en este sentido también BGH, s. penal, t. 17, 360.

- (5) Así primeramente NOLL, "Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten", 1955, p. 74 y ss.; el mismo autor, *ZStW* 77, 1965, p. 15; siguiéndolo, ESER, "Strafrecht I", 3^{ra}. ed., caso 8, n. marg. 7a; GEPPERT, *ZStW* 83, 1971, p. 952 y ss.; JESCHECK, "Lehrbuch", 3^{ra}. ed., cap. 34, II, 3; también hay indicios en HIRSCH, en *LK* (10^a. ed.), n. marg. 104, com. previo art. 32.
- (6) GEERDS, *GA* 1954, p. 266; HIRSCH en *LK* (10^{ma}. ed.), n. marg. 102, 109, com. previo art. 32; WESSELS, "Strafrecht, AT" (16^{ava}. ed.), cap. 9, I, 1.
- (7) BayOLG, *NJW* 1979, p. 729; por sus resultados también BGH, s. penal, t. 4, 199 y ss., pero allí la falta de quebrantamiento de la custodia no se deduce del acuerdo, sino de que el "hurtado" conserva la posibilidad de coger la cosa y con ello la custodia.

2. El acuerdo debe presuponer para su eficacia solamente la voluntad “natural” de la víctima, aun cuando a esta le faltare la capacidad de comprensión debido a su juventud o a un mal psíquico. En el consentimiento, por el contrario, se hace como presupuesto de su eficacia que el afectado “posea la fuerza de juicio necesaria y la serenidad para reconocer la magnitud de su declaración y ponderar sensatamente los pro y contra”⁽⁸⁾. Entonces, cuando el autor motiva a un niño incapaz de comprender, a “regalarle” su monedero, no se presenta un hurto por falta de quebrantamiento de la custodia (pero sí una apropiación ilícita o una estafa). Si alguien secuestra a una enferma mental bajo la voluntad natural de esta, el tipo del art. 237 (secuestro contra la voluntad de la secuestrada) no se ha completado, mientras que la injuria que efectivamente se presenta es tenida por punible, porque en tal medida el consentimiento de la víctima no debe justificarse debido a la falta de capacidad de comprensión de la víctima (BGH, s. penal, t. 23, p. 3 y s.). Igualmente se considera también que el consentimiento en una lesión (durante una riña) ya no es efectivo cuando el que consiente estaba “bebido” (BGH, s. penal, t. 4, p. 90).

3. La falta de voluntad (error, engaño y coerción) deben ser irrelevantes en el acuerdo, pero hacen que un consentimiento sea ineficaz⁽⁹⁾. Cuando, p. ej., alguien motiva al propietario a permitir el ingreso a su departamento mediante astutas maniobras de engaño, no comete una violación de domicilio (art. 123). Tampoco una coacción mediante el autor deberá hacer ineficaz un acuerdo (en la medida en que, en caso del art. 177, no se trate precisamente de la amenaza que es requisito para completar el tipo). En el consentimiento, por el contrario, se considera que la carencia de voluntad es relevante. En esto se basa sobre todo la amplia jurisprudencia acerca de la obligación médica de aclarar previamente en caso de intervenciones curativas. La intervención médica es juzgada por la jurisprudencia como

(8) BGH, s. penal, t. 4, p. 90, siguiendo a RG, s. penal, t. 77, p. 20; BGH, s. penal, t. 5, p. 362; t. 8, p. 357 y ss.; t. 12, p. 383; 23, 4; BGH, *NJW* 1978, 1206; GEERDS, *GA* 1954, pp. 263 y 265. Esta es la doctrina plenamente mayoritaria.

(9) GEERDS, *GA* 1954, p. 268 y s.; BOCKELMANN, “Strafrecht, AT”, 3^{ra}. ed., cap. 15, C, 1, b, bb; 2, b, bb; WELZEL, “Das Deutsche Strafrecht”, 11^a. ed., 1969, p. 95; WESSELS, “Strafrecht, AT”, 16^{ava}. ed., cap. 9, I, 1; 2, d.

una lesión corporal típica, pero justificada por el consentimiento del paciente. Pero el consentimiento, según jurisprudencia continuada, solo es efectivo cuando se da libre de errores a consecuencia de una explicación médica; si ello falta, el médico será penado por lesiones corporales. Algo similar ocurre con la coerción: p. ej., quien consigue el consentimiento para daños en la propiedad mediante la amenaza de una denuncia penal, será siempre punible según el art. 303.

4. El art. 226a establece para las lesiones, en las cuales, según la doctrina dominante, el consentimiento tiene como mucho una fuerza justificante, que el hecho es antijurídico pese al consentimiento, cuando “atenta contra las buenas costumbres”. Si se ve en ello –lo cual, sin embargo, solo hace una parte de la doctrina dominante⁽¹⁰⁾– una idea jurídica general, esto en todo caso solo debe regir para los casos de consentimiento, pero no para el acuerdo. Cuando alguien permite la entrada de otro a su departamento con fines delictivos, esta entrada podrá ser llamada contraria a las buenas costumbres, pero no es una violación de domicilio (art. 123). También en las acciones sexuales según los arts. 177, 178, el acuerdo interno de la víctima a menudo no excluye el atentado del hecho contra las buenas costumbres, pero seguramente sí la realización del tipo. Sobre nuestra propia opinión al respecto comp. III.

5. Finalmente se puede deducir de la distinta clasificación sistemática entre acuerdo y consentimiento, soluciones divergentes para el caso de que no sea conocida por el autor una aprobación realmente existente del portador del bien jurídico. En los casos de acuerdo entra aquí en consideración solamente una tentativa, porque el tipo objetivo no ha sido completado; el dolo delictivo del autor se dirige, entonces, contra un objeto inidóneo. Por el contrario, cuando el autor, en delitos de daños o lesiones, no sabe nada acerca del consentimiento de la víctima, se puede llegar a admitir un hecho punible consumado porque desde este punto de vista se ha dado un resultado y también un dolo delictivo del autor dirigido a la producción

⁽¹⁰⁾ GEERDS, *GA* 1954, p. 268; BAUMANN/WEBER, “Strafrecht, AT”, 9a. ed., cap. 21, II, 4, c; H. MAYER, “Strafrecht, AT”, 1953, p. 167; WELZEL, “Das Deutsche Strafrecht”, 11ª ed., 1969, p. 97.

de este resultado⁽¹¹⁾. Si bien la mayoría de los autores que considera el consentimiento como causa de justificación quiere emplear las reglas de la tentativa de manera correspondiente⁽¹²⁾ y llega así al mismo resultado que cuando hay desconocimiento del acuerdo, sin embargo, esto exige una construcción adicional que no es necesaria en caso de acuerdo.

6. Algo parecido ocurre en la suposición errónea de una aprobación no existente. Cuando ésta atañe al acuerdo, excluye sin más el dolo: quien cree tener el permiso del propietario o custodio de la casa, no tiene el dolo de “irrumper” (art. 123) o “sustraer” (art. 242). Quien, por el contrario, en las lesiones o los daños (arts. 223, 303) supone erróneamente un consentimiento de la víctima, se equivoca, según la doctrina dominante, sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación. En Alemania constituye un problema muy discutido que no puede ser tratado aquí, sobre si este error no regulado expresamente en la ley excluye el dolo o la pena por dolo empleando directa o analógicamente el art. 16 [error de tipo], o simplemente fundamenta un error de prohibición que, en caso de su evitabilidad, deja subsistente la pena por dolo de conformidad con el art. 17. En todo caso, este problema solo se presenta en el consentimiento entendido aquí como causa de justificación y no en el acuerdo.

En la más reciente discusión, esta concepción tan clara y “tajante” en sus diferenciaciones sistemática y objetiva se ha visto expuesta al fuego cruzado de la crítica desde dos lados. Una opinión que está ganando terreno niega la diferencia sistemática entre el acuerdo y el consentimiento, y concede efecto excluyente de la tipicidad a cada aprobación efectiva del portador del bien jurídico⁽¹³⁾. Si se acepta esto, desaparecen primero las

(11) En este sentido también GEERDS, *GA* 1954, p. 267; BLEI, “Strafrecht, AT”, 18^{ava.} ed., cap. 37, II, 2; DREHER/TRÖNDLE, “StGB”, 42^{ava.} ed., art. 16, n. marg. 28; WELZEL, “Das Deutsche Strafrecht”, 11^{ava.} ed., 1969, p. 97.

(12) Comp. solamente a JESCHECK, “Lehrbuch”, 3^{ra.} ed., cap. 34, V, c. más ref.; también parte de la aplicabilidad del marco penal de la tentativa el art. 38, N° 4 del C. P. portugués.

(13) En este sentido, sobre todo, las monografías de ZIPP, “Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht”, 1970, y de KIENTZY, “Der Mangel am Tatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutsträgers”, 1970. Además, p. ej.: ESER, “Strafrecht P”, caso 8, n. marg. 2; HORN en *SK*, 3^{ra.} ed., art. 226a, n. marg. 2; Armin KAUFMANN, *LH a Welzel*, p. 397, nota 9; KÜHNE,

diferencias prácticas entre acuerdo y consentimiento que se basaban en premisas sistemáticas divergentes (supra 5 y 6). Si bien las diferenciaciones restantes (1-4) no son excluidas por la aceptación de un efecto excluyente de la tipicidad, sí son relativizadas, pues es difícil de comprender por qué una aprobación excluyente del tipo en igual medida deba estar vinculada en su eficacia a presupuestos contrapuestos. La segunda posición de la reciente crítica duda también, desde el principio, de la división dualista estricta en los presupuestos de eficacia (1-4). Si bien esta crítica mantiene la diferenciación entre acuerdo excluyente del tipo y consentimiento justificante, así como las consecuencias sistemáticas que se derivan inmediatamente de ello (5-6), no obstante, opina que por lo menos para el acuerdo no puede decirse nada con carácter general sobre sus presupuestos de eficacia, sino que esto tendría que ser diferentemente juzgado según la estructura especial del tipo correspondiente⁽¹⁴⁾. En parte se renuncia a la formulación de criterios de validez general para el consentimiento⁽¹⁵⁾: “el acuerdo simplemente fáctico no es siempre suficiente para un consentimiento ‘excluyente del dolo’ (...) así como tampoco, en un consentimiento ‘justificante’ tienen siempre que cumplirse las exigencias estrictas que han desarrollado la jurisprudencia y la doctrina”. Todos estos ataques a la división dual estricta de la doctrina tradicional están justificados en lo esencial. Esto deberá ser desarrollado a continuación tratando paso por paso los distintos campos problemáticos.

JZ 1979, p. 241 y ss.; MAURACH/ZIPF, “Strafrecht, AT”, cap. 17 III, B; ROXIN, “Kriminalpolitik und Strafrechtssystem”, 1970, 1973 (2^{da}. ed.), p. 25, nota 57; el mismo autor, *ZStW* 84, 1972, p. 1001 y ss.; el mismo autor, *ZStW* 85, 1973, p. 100 y ss.; el mismo autor, LH a Welzel, p. 449; RUDOLPHI, *ZStW* 86, 1974, p. 87 y ss.; SAX, *JZ* 1076, p. 9; SCHMIDHÄUSER, “Strafrecht, AT”, 2^{da}. ed., cap. 8, n. marg. 123 y ss.; el mismo autor, “Studienbuch, AT”, 2^{da}. ed., cap. 5, n. marg. 106 y ss. Antes también HIRSCH, *ZStW* 74, 1962, p. 104. De manera oscilante, STRATENWERTH, “Strafrecht, AT”, 3^{ra}. ed., n. marg. 365 y ss.

- (14) Así, sobre todo, JESCHECK, “Strafrecht, AT”, cap. 34, 1, 2, a; LENCKNER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, “StGB”, 22^{ava}. ed., n. marg. 32, com. previo art. 32; HIRSCH en *LK*, 10a. ed., n. marg. 100, com. previo art. 32.
- (15) STRATENWERTH, “Strafrecht, AT”, n. marg. 369. ARZT deja abierta la cuestión y renuncia a la diferenciación entre acuerdo y consentimiento en el tratamiento de la falta de voluntad; ver, “Willensmängel bei der Einwilligung”, 1970. También están en contra de un tratamiento diferenciado del consentimiento y del acuerdo BAUMANN/WEBER, “Strafrecht, AT”, 9^{na}. ed., cap. 21 II, 4, 3, nota 139.

II. EL CONSENTIMIENTO COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DEL TIPO⁽¹⁶⁾

I. El motivo decisivo para admitir que cualquier consentimiento efectivo excluiría el tipo radica en la teoría liberal del bien jurídico referida al individuo. Si los bienes jurídicos deben servir para el libre desarrollo del particular, no puede existir una lesión del bien jurídico cuando una acción se basa en una disposición del portador del bien jurídico que no afecta su libre desarrollo, sino por el contrario constituye su expresión. Así, p. ej., la propiedad no es un producto ideal de tipo cuasi cosificado cuya lesión (art. 303) podría ser justificada mediante el consentimiento. Más bien, en el caso de la propiedad de bienes, es solo una designación genérica para la potestad que tiene el portador del bien jurídico de servirse de la cosa que le pertenece en la medida del libre desarrollo de su personalidad, pudiendo “proceder... a su arbitrio” con ella (art. 903 C. C.). Cuando el propietario, decidiendo libremente consiente en el daño o la destrucción de su cosa o incluso así lo pide, no hay en ello una lesión a su posición de propietario, sino una cooperación en su libre y responsable ejercicio.

La opinión contraria confunde el objeto del hecho [Tatobjekt] y el bien jurídico: si bien se ha dado un daño a la cosa concreta (al objeto del hecho), no obstante, este daño no es un ataque a la propiedad, sino un apoyo a su ejercicio. Lo mismo rige para las lesiones corporales (art. 223). Ciertamente, aquí hay límites para la potestad individual de disposición (art. 226a); cuando se sobrepasa estos límites, el consentimiento no tiene fuerza excluyente del tipo ni justificante. Pero donde el consentimiento tiene efectos ilimitados, la personalidad se desarrolla también en el tratamiento que éste atribuye a su cuerpo. El peluquero, el pedicuro y también el cirujano plástico no afectan la libertad del cliente en el trato de su cuerpo,

(16) Cuando el art. 38, N° 1 del C. P. portugués dice que el consentimiento excluiría la anti-juricidad, según mi opinión, esto no se opone al parecer aquí defendido, según el cual el consentimiento excluye ya la tipicidad. Pues el legislador no ha decidido sobre la cuestión sistemática, sino solo ha querido expresar bajo cuáles presupuestos una conducta es legal en caso de consentimiento del portador del bien jurídico. Cuando, tal como yo postulo, ya está excluido el tipo, con más razón lo está la antijuricidad, de manera que también la admisión de una exclusión del tipo todavía es compatible con el tenor del C. P. portugués.

sino le ayudan a autoexpresarse corporalmente. Si bien emprenden una intervención en la sustancia del objeto del hecho (del cuerpo real) protegido en el art. 223, no afectan la integridad de la esfera corporal ajena y con ello tampoco el bien jurídico cuya lesión presupone el tipo⁽¹⁷⁾.

Con ello, el efecto excluyente del tipo de consentimiento no resulta recién del derecho consuetudinario o de la adecuación social de la acción que se apoya en él (por más que ambos deban afirmarse), sino de forma inmediata de la libertad de acción garantizada constitucionalmente en el art. 2, primer párrafo de la C. A., cuya práctica a través de quien consiente hace imposible la lesión simultánea de un bien jurídico que le corresponda, y con ello también hace imposible que se complete un tipo penal⁽¹⁸⁾. Los partidarios de la concepción de la justificación objetan que los bienes jurídicos “ya no (serían) el cuerpo, la libertad de movimiento, etc..., sino la voluntad de preservar estos valores”, mientras correctamente “el cuerpo, la libertad de movimiento, el honor, la propiedad y otros bienes jurídicos del particular” ya estarían gozando “solo para sí” la protección del ordenamiento jurídico⁽¹⁹⁾. Pero con ello se separa lo inseparable. La propiedad solo puede ser ejercida a través de la voluntad del propietario; sin relación con ésta es solo una representación sin sentido. La libertad de movimiento presupone la voluntad (por lo menos latente) de quien se quiere desplazar; e incluso el cuerpo es objeto de protección no como una acumulación de carne y huesos, sino solamente vinculado con el espíritu que vive en él y que lo domina. Esto es formulado certeramente por RUDOLPHI⁽²⁰⁾: “El bien jurídico y la potestad de disposición sobre el bien jurídico no solamente

(17) Comp. también SCHMIDHÄUSER, “Strafrecht, AT”, 2^{da}. ed., cap. 8, n. marg. 123 y ss.

(18) Comp. al respecto también MAURACH/ZIPF, “Strafrecht, AT”, 16^{ava}. ed., cap. 17, III, B, 2. También AMELUNG juzga el consentimiento como “parte esencial de la libertad general de acción...la cual, según la jurisprudencia del BVerfG, está garantizada por el art. 2, primer párrafo de la Constitución alemana”; pero de ello no deduce ninguna exclusión del tipo. Ver “Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes”, 1981, p. 29.

(19) HIRSCH en *LK*, 10a. ed., n. marg. 98, com. previo art. 32; plenamente de manera correspondiente, JESCHECK, “Lehrbuch”, 3^a. ed., cap. 34, i, 3; similar, AMELUNG, “Die Einwilligung...”, p. 26 y ss.

(20) *ZStW* 86, 1974, p. 87.

representan una unidad, sino el objeto de disposición y la potestad de disposición son el mismo bien jurídico protegido en el tipo en su carácter de relación entre ellos”. La lesión del bien jurídico no se agota, entonces, en el actuar contra la voluntad del portador del bien jurídico, sin embargo, ésta es uno de sus presupuestos. Con justicia dice STRATENWERTH⁽²¹⁾ que la voluntad del afectado sería “no solamente significativa para la protección del Derecho”, sino pertenecería “también al objeto protegido”.

Lenckner⁽²²⁾ rompe con esta unidad natural de la voluntad y de su objeto de referencia cuando dice: “el art. 303 [delito de daños] da seguridad al propietario no en el ejercicio de sus potestades provenientes del art. 903 del C. C., sino asegura la existencia no disminuida de la cosa concreta como presupuesto necesario para estas potestades”. Pero la propiedad consiste precisamente en las “potestades del art. 903 C.C.” y no en la “existencia de la cosa concreta” (¡tampoco representada independientemente como voluntad del propietario!), sino la propiedad es el bien jurídico protegido. Lenckner emplea además el argumento de la punibilidad independiente de la coacción en contra de la suposición de que no solamente formaría parte de la lesión del bien jurídico el daño a una cosa ajena, sino también el actuar en contra de la voluntad del portador del bien jurídico. Quien obliga al propietario “a destruir su bien, es punible por daños y coacción, no –como se tendría que admitir consecuentemente en caso contrario– solamente según el art. 303”. Sin embargo, esto se basa en que si bien un daño sin consentimiento del propietario es una afección de la voluntad, todavía no es por lo general una coacción en el sentido de la ley (art. 240), de manera que su presencia tiene que expresarse independientemente. Allí donde la coacción, como en las lesiones corporales, está vinculada de manera típica a la realización del tipo, según la opinión unánime ella se consume; esto solamente es posible en el presupuesto que el art. 223 proteja paralelamente la afección de la voluntad⁽²³⁾.

(21) *ZStW* 68, 1956, p. 43.

(22) LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, “StGB”, 22ª ed., com. previo 32, n. marg. 34.

(23) Comp. STRATENWERTH, *ZStW*, t. 68, 1956, p. 43.

Amelung⁽²⁴⁾ pretende refutar la tesis de que la libertad de disposición del portador del bien jurídico sería parte esencial del bien jurídico mismo, mencionando a personas a quienes les falta la facultad de disposición, como p. ej. en los “niños pequeños”, y los cuales, no obstante, no gozan menos protección a través de los tipos penales pertinentes que las personas responsables. Pero, dado que en tales casos el tutor ejerce una representación en cuanto a la voluntad, es decir, p. ej., el consentimiento de los padres rige como si fuera el del niño dentro de los límites jurídicamente trazados, no falta de ninguna manera una afección de la voluntad imputable al portador del bien jurídico; tal construcción no es “extremadamente artificial” como opina Amelung, sino que corresponde a las necesidades jurídicas y prácticas. Y cuando, excepcionalmente y en un momento determinado, no existe un tutor (Amelung: “El autor mata a los padres y abusa después del niño de cuatro años de edad”), no obstante, solo puede estar suspendido temporalmente el ejercicio de la potestad de disposición, pero no puede discutirse su lesión sustancial. Esta lesión solamente se excluye en caso de un consentimiento efectivo, el cual falta aquí. Lo correspondiente regiría también en la lesión de enfermos mentales, personas en estado de inconsciencia, etc. Aun cuando la potestad de disposición sobre la propiedad es ejercida temporalmente por otro (el albacea testamentario, el síndico de quiebras), esto no cambia el que esta potestad es lesionada en los delitos según los arts. 242 y 303; igualmente falta una lesión a la propiedad cuando el que tiene facultad de disposición da su aprobación con efectos jurídicos.

2. Si se traducen estas consideraciones fundamentales sobre la libertad constitucional de acción, la función del Derecho penal y la teoría de bienes jurídicos en categorías dogmáticas, resulta que, en un consentimiento efectivo, desaparece el desvalor del resultado⁽²⁵⁾ y con él desaparecen el desvalor de la acción y el tipo del delito. Esto es indiscutible cuando la acción ejecutada con el consentimiento y mayormente por deseo del portador del bien jurídico es útil para éste e incluso es por lo demás socialmente usual bajo

(24) “Die Einwilligung...”, p. 26 y ss., con observaciones, p. 31.

(25) Este punto de vista también es enfatizado por ZIPF de manera especial; comp. MAURACH/ZIPF, “Strafrecht, AT”, 6^{ava} ed., cap. 17 III, B, 1.

cualquier aspecto. Quien tala un árbol por encargo del propietario o arroja material inflamable en el horno, quien aplica una inyección al paciente para prevenir infecciones o le corta la barba a un cliente, no realiza un resultado típico justificado por el consentimiento, sino falta, desde el principio, cualquier desvalor del resultado. Pero cuando la voluntad del actor no está dirigida a la ejecución de un desvalor del resultado, también se carece de un desvalor de la intención. Es claro que una conducta totalmente neutral al Derecho y adecuada socialmente no realiza el tipo del delito y por ello no puede ser típica. Cuando JESCHECK⁽²⁶⁾ opina que cada suceso sería “pese al consentimiento... penalmente significativo y no indiferente desde el principio”, esto en todo caso no es cierto para aquellas acciones que son provechosas y deseadas por éste. Más bien en ellas se trata de procesos plenamente normales de la vida cotidiana sin importancia indiciadora del injusto; tales casos constituyen la mayoría en el consentimiento⁽²⁷⁾ porque el portador del bien jurídico, al prestar su consentimiento, se deja guiar mayormente por su beneficio.

Sin embargo, hay constelaciones en las cuales se podría contemplar que un daño o una intervención corporal, pese al consentimiento, irían en contra del verdadero bienestar del portador del bien jurídico. En estos casos, se podría por lo menos considerar un desvalor del resultado y afirmar con él el tipo delictivo, de manera que el consentimiento tendría efectos excluyentes del tipo o justificantes según la concreta situación⁽²⁸⁾. Naturalmente, en muchos casos de consentimiento desventajoso fracasa ya su eficacia debido a las carencias de voluntad o al límite del art. 226a (“buenas costumbres”, comp. también art. 38, número 2 del C. P. portugués), de manera que entonces ya no se plantea la cuestión de la exclusión del tipo o

(26) “Lehrbuch”, 3^{ra}. ed., cap. 34, I, 3. Este mismo autor opina más tarde al respecto, con una cierta contradicción (cap. 34 V), que el desvalor del resultado sería “levantado” mediante el consentimiento; sin embargo, este no es “levantado” posteriormente, sino ni siquiera llega a aparecer debido a la aprobación previa.

(27) Es de otra opinión STRATENWERTH, “Strafrecht, AT”, 3^{ra}. ed., n. marg. 367, según el cual las intervenciones que “atañen a un substrato material, por regla general, resultan ser desventajosas para el afectado”.

(28) Comp. STRATENWERTH, “Strafrecht, AT”, 3^{ra}. ed., n. marg. 369.

de la antijuricidad. Si se prescinde de estos hechos, quedan sucesos como los siguientes: alguien ingresa en una comunidad religiosa estricta y permite a sus asociados destruir sus objetos de lujo a fin de no caer en la tentación de apegarse a bienes terrenales. O alguien posee una valiosa imagen femenina hecha por un maestro; su amante, que está celosa de la mujer retratada, hace depender su aceptación a la propuesta de matrimonio de que se le permita destruir la odiada imagen; él consiente en ello. O también: alguien permite que le hagan cicatrices en pruebas de valor o tatuajes visibles. Pese a que tales hechos ya no se mueven dentro del ámbito de lo generalmente común, se tendrá también que rechazar aquí un desvalor del resultado y la realización del tipo delictivo de los tipos en cuestión. Si se quisiera afirmar este desvalor y basar la admisión de una lesión típica del bien jurídico no de la voluntad real, sino del “bienestar verdadero”, el ordenamiento jurídico se arrogaría una soberanía sobre lo razonable que no le corresponde y que también llevaría a dificultades de delimitación insuperables. En todos los ejemplos, la conducta del portador del bien jurídico significa un poco de autorrealización responsable en la comunicación con o bajo la asistencia de otros, sin importar cómo un tercero ajeno juzgue esto. En ningún lugar, la afección del objeto del hecho constituye una intrusión en esferas jurídicas ajenas, tal como lo presupone el tipo delictivo; solamente el que consiente puede decidir lo que sirve para su verdadero bienestar. Así, en los ejemplos arriba mencionados del delito de daños es perfectamente posible que el propietario considere que la disposición tomada por él sobre su propiedad sea la decisión más afortunada de su vida.

3. Pero habla a favor de la fuerza excluyente del tipo de consentimiento no solamente la teoría del tipo, sino también la circunstancia de que el consentimiento significaría un cuerpo extraño en el sistema de las causas de justificación. Todas las causas de justificación se basan en el principio de la ponderación de intereses y en la necesidad⁽²⁹⁾: ante una inevitable

(29) N. d. t.: se suele traducir “Erforderlichkeit” por “necesidad” y “erforderlich” por necesario; sin embargo, esto lleva a confusiones con el término “Strafbedürfnis”, también utilizado en dogmática penal en cuanto a la “necesidad” (político-criminal) de pena. Lo mejor sería que para el primer término se encontrara, en armonía con el concepto que designa, otra traducción, como p. ej. “carácter indispensable” e “indispensable”, según el caso, o

situación de conflicto es conforme al derecho el sacrificio de uno de los intereses que el ordenamiento jurídico considera de menor valor, siempre que este sacrificio sea necesario para la preservación del interés mayor. Pero en el consentimiento no se trata ni de un conflicto de intereses entre el actor y quien consiente, ni tampoco de la necesidad del hecho. Este carácter estructural diferente del consentimiento ya ha motivado a Mezger⁽³⁰⁾ a desarrollar un sistema dualista de causas de justificación; según este sistema, la justificación, en la mayoría de los casos, seguiría el principio del interés preponderante mientras que la justificación lo haría con el principio de la falta de interés: “Una justificación según el principio de la falta de interés ocurre mediante el retiro, en el caso particular, de la voluntad que en el tipo ha sido pensada como lesionada”. Pero precisamente esta fundamentación muestra que en la realidad no se trata de un problema de justificación, sino de uno del tipo. Pues no es posible pensar que en un consentimiento efectivo se lesiona una voluntad que después “se retira” debido al consentimiento, sino la voluntad no puede ser imaginada desde el principio como lesionada, y con ello, según las premisas de Mezger, tampoco puede imaginarse que el tipo se hubiera completado.

Sin embargo, una opinión difundida, fundamentada por Noll (comp. nota 5), intenta probar una ponderación de intereses también en el consentimiento; se ponderaría la libertad individual “frente al interés general de preservar los bienes jurídicos”⁽³¹⁾. Pero con ello no se toca el punto de vista esencial. Si bien el legislador no permite en absoluto un consentimiento efectivo en el homicidio (art. 216), y en las lesiones corporales (art. 226a) solo lo hace con restricciones, aquí se trata de una restricción general de la potestad de disposición emprendida por el legislador, mientras que en las causas de justificación se trata de la necesidad de la intervención en la situación concreta de conflicto. Allí donde es posible un consentimiento efectivo ya no se emprende precisamente una ponderación a la medida de la situación individual; más bien –ipiénsese en los ejemplos arriba men-

incluso “necesidad racional” (como en la legítima defensa). Aquí se respeta la traducción tradicional.

(30) “Strafrecht”, 2^{da.} y 3^{ra.} ed., 1932/1949, p. 204 y ss.

(31) JESCHECK, “Lehrbuch”, 3^{ra.} ed., cap. 34 II, 3.

cionados!— se afirma la libre voluntad del portador del bien jurídico sin que exista una contradicción de intereses y sin que la necesidad o incluso tampoco solo la razonabilidad del consentimiento deban ser todavía probados o ponderados en contra del valor del objeto concreto del hecho. Si Max Brod, siguiendo el consentimiento y el deseo de Franz Kafka, hubiera quemado los manuscritos de este, esto no hubiera sido reprobable penalmente; sin embargo, no pueden existir dudas de que el interés general en la preservación de los textos era mayor que la voluntad del poeta ante una ponderación concreta del caso particular.

4. Finalmente se tendrá que contemplar también al consentimiento como excluyente del tipo de manera general, porque no es posible una delimitación clara entre los casos de consentimiento y los del acuerdo. ¿Constituyen un caso de acuerdo o de consentimiento la aprobación de una injuria (art. 185), un secuestro (art. 239), una grabación magnetofónica (art. 201), la apertura de una carta (art. 202), la divulgación de un secreto (art. 203)? Esto es juzgado de manera distinta en todos estos casos⁽³²⁾. Si se aventura una bipartición, se tendrá que admitir un acuerdo. Así, si la injuria (art. 185) es una violación de la pretensión individual de respeto [individuellere Achtungsanspruch] que cada uno tiene frente a sus conciudadanos, no puede existir una injuria en caso de un consentimiento, porque una pretensión de respeto no puede ser lesionada en tanto no hubiera sido reclamada en absoluto. Si se ve una injuria en el envío no solicitado de escritos con contenido sexual, en todo caso no puede ser nunca injurioso su envío a solicitud⁽³³⁾; y si se juzga como injuria a las acciones sexuales que ocurren en contra de la voluntad del destinatario, no puede pues hablarse de ello si se da un acuerdo⁽³⁴⁾. En caso de un secuestro se

(32) Comp., p. ej., ARZT, "Willensmängel bei der Einwilligung", p. 11 y ss., c. más ref.; a favor de un mero consentimiento en la mayoría de los casos, GEERDS, *ZStW* 72, 1960, p. 48 y ss.; a favor de un acuerdo en casi todos los casos comentados por ellos, SCHÖNKE/SCHRÖDER, "StGB", 22^{ava.} ed.

(33) El BGH, por el contrario, admite una injuria justificada por el consentimiento; ver BGHSt, t. 11, pp. 67 y 72.

(34) El OLG de Stuttgart opina en tal caso que "cualquier acción que toque el honor de otro (perdería) su antijuricidad, y con ello el carácter de una injuria, cuando el afectado estaba

podría decir que un “encierro” de acuerdo con la voluntad del afectado solo estaría justificado porque el asentimiento no elimina el encierro. Pero, dado que el art. 239 solo menciona el encerrar como ejemplo de que a la víctima le es “robado el uso de su libertad personal”, también tiene que admitirse aquí una exclusión del tipo efectuada por el acuerdo, porque el afectado, al dar su aprobación, no es “robado” en su libertad⁽³⁵⁾. Cuando alguien consiente que sus expresiones sean grabadas en una grabadora difícilmente puede considerarse que se ha completado el tipo del art. 201 porque no es lesionada la “confiabilidad de la palabra”, la cual quiere proteger el tipo, según el título oficial bajo el que se encuentra⁽³⁶⁾. Si alguien abre una carta con el consentimiento del destinatario, se podrá considerar que el tipo del art. 202 ya ha sido completado, porque según su tenor presupone un autor para quien no estaba dirigido el conocimiento de la carta⁽³⁷⁾. Y cuando alguien, en virtud de una desvinculación de su deber de callar, transmite el secreto a otro, esto no es una “violación” justificada de un secreto privado, sino este secreto no ha sido ni siquiera “violado” en tanto el afectado permite y desea que sea revelado⁽³⁸⁾.

Luego, incluso si uno quisiera tomar como punto de partida la teoría de la bipartición, apenas quedan casos en los cuales un consentimiento podría tener solamente fuerza justificante. Aun en los ejemplos clásicos de los arts. 303, 223 y ss. apenas puede sostenerse tal suposición. Así, p. ej., JESCHECK escribe⁽³⁹⁾: “Naturalmente también hay casos en los cuales el consentimiento repercute inmediatamente en el tipo. Quien permite que se corte con sierra un ropero viejo para hacer leña con él, está cambiando el fin para el cual ha sido

de acuerdo con ella”; ver *NJW* 1962, p. 62. Pero si ni siquiera se presenta una injuria, esto tiene que excluir el tipo.

- (35) Así, la doctrina dominante; pero a favor de una simple exclusión de la antijuricidad, p. ej., GEERDS, trabajo doctoral, p. 36 y ss.
- (36) La doctrina dominante pretende admitir una simple justificación; pero igual que aquí, LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, “StGB”, 22^a. ed., art. 201, n. marg. 13, c. más ref.
- (37) Esta es la doctrina dominante; comp. LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, “StGB”, 22^{ava}. ed., art. 202, n. marg. 12.
- (38) Así también p. ej., OLG Colonia, *NJW* 1962, 686 y LENCKNER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, “StGB”, 22^{ava}. ed., art. 203, n. marg. 22.
- (39) “Lehrbuch”, 3^{ra}. ed., cap. 34 I, 3.

destinado, de manera que se excluye desde el principio el delito de daños (art. 303)". Por el contrario, solo deberá existir una justificación cuando el tío permite a su sobrino "desmontar partes de su vehículo, a fin de que éste pueda familiarizarse con los posibles trabajos de reparación que posiblemente le ocurran en un viaje de investigación"⁽⁴⁰⁾. Aparte de que no hay motivos convincentes para un tratamiento diferenciado de ambos casos, se plantea la pregunta de por qué en el segundo ejemplo no deba presentarse un cambio parcial de la determinación del fin, la cual tendría que llevar igualmente a excluir el tipo. Además, no solamente en el ejemplo 1, sino en cualquier caso del consentimiento en la destrucción de un bien tendría que afirmarse un cambio de la determinación del fin a través del propietario; el consentimiento justificaría en caso de un daño y excluiría el tipo en caso de una destrucción, lo cual sí que es un resultado bastante absurdo.

En caso de lesiones corporales, la doctrina dominante –a diferencia de la jurisprudencia– siempre ha considerado como atípicas las afecciones beneficiosas a la sustancia corporal (es decir, las intervenciones curativas necesarias médicamente y ejecutadas según la *lex artis*), independientemente de la voluntad del paciente, negando en tales casos un "daño a la salud" en el sentido del art. 223. Es una cuestión de interpretación del art. 223 el que esto sea acertado o no, lo cual no puede ser examinado aquí con más detalle. Sin embargo, cuando se considera que el consentimiento excluye el tipo, el problema se relativiza esencialmente en la medida en que ya es atípica una intervención curativa bajo la aprobación del paciente debido al consentimiento. Con ello (a diferencia de la jurisprudencia) se toma en cuenta el deseo de los médicos de no ser colocados, bajo el punto de vista del tipo, al mismo nivel que un "navajero". Sobre si se configura el tipo del art. 223 en caso de una intervención curativa sin autorización del paciente, es una cuestión que queda fuera de la teoría del consentimiento. No obstante, en tanto el C. P. no contenga un tipo sobre el tratamiento curativo sin autorización, como se preveía en el Proyecto de 1962 (art. 162), existe una necesidad político-criminal irrefutable para considerar protegido conjuntamente, a través del art. 223, también el derecho de

(40) "Lehrbuch", 3^{ra}. ed., cap. 34 I, 1, c.

autodeterminación sobre la propia integridad corporal; luego, en caso de no existir un consentimiento debe sancionarse por lesiones corporales. La teoría aquí defendida posibilita este resultado razonable sin caer en las exageraciones de las opiniones en conflicto, las que, independientemente de la autorización del paciente en una intervención curativa, consideran que el tipo de las lesiones corporales o bien siempre (así procede la jurisprudencia), o bien nunca (así, la doctrina dominante) se completa. Pero también debe regir exactamente lo mismo para aquellas intervenciones que no persiguen fines curativos, p. ej., operaciones cosméticas. Aquí los autores que consideran atípica la intervención curativa, pero que solo otorgan fuerza justificante al consentimiento, pretenden ver completado sin excepciones el tipo de lesiones, porque el paciente soporta “temporalmente una afección más o menos amplia a su integridad corporal”⁽⁴¹⁾. ¡Pero esto es exactamente lo mismo en una operación aconsejada médicamente! No obstante, por su resultado final, la cirugía plástica de belleza puede ser tan útil para el bienestar psíquico-corporal como una intervención curativa en sentido estricto. Incluso en el caso extremo de alguien que, por razones masoquistas, se deje castigar y obtiene de ello sensaciones corporales placenteras (sobre el art. 226a comp. III), no se entiende por qué deba ser lesionado el bien jurídico tutelado en el art. 223.

Luego, un análisis más cercano muestra que en los supuestos casos de consentimiento justificante apenas si se puede independizar el bien jurídico de la libre decisión de su portador; y esto incluso según las premisas de la teoría de la bipartición. También por este motivo debería abandonarse la diferenciación sistemática entre acuerdo y consentimiento.

5. Un último argumento a favor de la fuerza solamente justificante del consentimiento se obtiene del tenor del art. 226a, según el cual, en caso de una lesión corporal con consentimiento del lesionado, el autor “solo actúa antijurídicamente cuando el hecho atenta contra las buenas costumbres, pese al consentimiento”⁽⁴²⁾. Pero no es acertada la deducción de que según

(41) JESCHECK, “Lehrbuch”, 3^{ra}. ed., cap. 34 I, 1, c.

(42) LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, “StGB”, 22^{ava}. ed., com. previo art. 32, n. marg. 34; DREHER/TRÖNDLE, “StGB”, 42^{ava}. ed., com. previo art. 32, n. marg. 3b; DREHER,

ello un consentimiento efectivo solamente excluiría la antijuricidad y no el tipo. Pues un hecho “antijurídico” según el art. 11, primer párrafo, N° 5 es “solo aquel que realiza el tipo de una ley penal”. Entonces, se debe leer el art. 226a de tal manera que una lesión corporal con consentimiento del lesionado solamente es típica y antijurídica cuando, pese al consentimiento, atenta contra las buenas costumbres. En esta frase se encuentra una expresión sobre si una lesión corporal emprendida con un consentimiento efectivo es típica o no lo es⁽⁴³⁾.

6. Únicamente constituye una aparente excepción a la fuerza excluyente del tipo de consentimiento cuando solo puede verse como lesión justificada a la castración autorizada por el delincuente sexual. Pues un consentimiento “atenuador de la intervención”⁽⁴⁴⁾ que se otorga para escapar a un mal todavía mayor (el internamiento en una clínica) no debería ser considerado como voluntario y efectivo según los principios generales⁽⁴⁵⁾; más bien existe una presión coactiva que excluye una decisión autónoma. La justificación de dichas medidas, que son ahora posibles según la ley sobre castraciones, no se basa solamente y no en primera línea en el “consentimiento” del enfermo, sino en una serie de presupuestos similares a los de la intervención curativa y al estado de necesidad, a los cuales debe añadirse la autorización del sexualmente anormal, la que no es suficiente por sí sola (arts. 2, 3 Ley sobre castraciones). Cuando el art. 3, segundo párrafo de la ley sobre castraciones considera necesario decir que el consentimiento del afectado “no (sería) efectivo porque éste está internado en un establecimiento en el momento del consentimiento”, y cuando el art. 3, tercer párrafo de la ley sobre castraciones también renuncia a la completa capacidad de

LH a Heinitz, p. 220. La misma exigencia contiene también el art. 38, N° 1 del C. P. portugués (sin restricciones a la lesión corporal). Comp. al respecto también la nota 16.

(43) Igualmente, por sus resultados, MAURACH/ZIPF, t. I, parte I, 6^{ava.} ed., cap. 17 III, B, 7.

(44) El término proviene de AMELUNG, “Die Einwilligung...”, p. 105 y ss.

(45) Así también BGH, s. penal, t. 4, p. 118, a favor de la castración de delincuentes sexuales en la época nazi, quienes solo podían escapar a su internamiento en un campo de concentración gracias a su consentimiento. De manera diferente, BGH, s. penal, t. 19, p. 201, para el período de posguerra antes de la dación de la ley sobre castraciones.

comprensión del afectado, se ve claramente que, pese a la terminología de la ley, no se trata de un consentimiento real, sino de un sustituto del consentimiento que debe incluirse en la ponderación sobre la exclusión de la antijuricidad. También hay fenómenos similares de un cuasi-acuerdo. Cuando, p. ej., alguien permite el ingreso de policías de registro domiciliario en su departamento para evitar que abran la puerta violentamente, pese a ello, los policías completan el tipo de la violación de domicilio (art. 123). Pues el permiso ha sido obligado y no constituye una libre disposición del portador del bien jurídico; la justificación de los policías no se basa en el “acuerdo”, sino en una disposición de registro según el art. 105 C.P.P. Luego, la existencia de “consentimientos” atenuadores de la intervención y su falta de importancia para completar el tipo no proporciona un argumento para diferenciar entre acuerdo y consentimiento.

7. Aunque, según esto, el consentimiento y el acuerdo impiden por igual que el tipo se complete, esto no significa que todos los casos de autorización tengan que ser tratados según las mismas reglas bajo cualquier aspecto. Pero las eventuales diferencias no pueden, en todo caso, ser deducidas de premisas sistemáticas, y tampoco de una “naturaleza” divergente del consentimiento y del acuerdo, naturaleza que les sirve de base y que se supone estaría dada previamente. Puesto que siempre se trata de problemas del tipo, pueden resultar diferentes presupuestos de eficacia solamente de la estructura de cada uno de los tipos. En cambio, la separación entre acuerdo y consentimiento es secundaria y depende ampliamente de los presupuestos idiomáticos, a saber de si el idioma alemán conoce un término que permita expresar la intervención en contra de la voluntad del portador del bien jurídico ya en la formulación de la acción típica (“irrumper”, “coaccionar”, etc.) o por lo menos en la emblemática caracterización del tipo delictivo (“violación” de la confiabilidad de la palabra, de un secreto, etc.)⁽⁴⁶⁾. Por ello renunciamos a tratar de manera separada el acuerdo y el consentimiento en el desarrollo que sigue a continuación.

(46) Comp. ROXIN, “Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale”, p. 129 y ss.; KIENTZY, “Der Mangel am Straftatbestand...”, p. 40 y ss.; KÜHNE, *JZ* 1979, p. 242.

III. TIPOS SIN POSIBILIDAD O CON POSIBILIDAD LIMITADA DE UN CONSENTIMIENTO⁽⁴⁷⁾

1. Se excluye desde el principio un consentimiento en los bienes jurídicos cuya lesión se dirige contra la colectividad. Aun cuando una persona individual es afectada por el hecho de manera inmediata, ella no puede consentir en la lesión porque el bien jurídico no está a su disposición. El falso juramento tramado entre dos partes de un proceso (art. 154) es, entonces, punible pese a la aprobación de la otra parte porque la administración de justicia como el bien jurídico protegido en los delitos de declaración [Aussagedelikte] es afectado de una u otra manera. También en una falsificación documental (art. 267) el “perjudicado” no puede consentir porque el bien jurídico protegido es la pureza del tráfico probatorio y no el interés individual del afectado. De igual manera, en la falsificación del estado civil (art. 169) y en la bigamia (art. 171) son protegidos intereses de la colectividad (esto es, el status jurídico familiar para el público y el ordenamiento estatal del matrimonio), de manera que no tiene importancia la aprobación de la “víctima” de la falsificación del estado civil ni la del primer cónyuge. El principio tampoco se ve relativizado por el hecho de que la protección constitucional puede permitir acciones que serían peligrosas para el Estado sin dicha autorización⁽⁴⁸⁾; pues en tal medida la autoridad actúa como representante del estado, quien es protegido mediante esta disposición.

El principio, entendible por sí solo, de que el particular no puede consentir eficazmente en la lesión de bienes jurídicos de la colectividad genera dificultades en su aplicación cuando el bien jurídico tutelado es discutible o cuando un tipo protege tanto bienes jurídicos de la colectividad como del particular. Dado que estos problemas no conciernen primariamente a la teoría del consentimiento sino al bien jurídico de cada uno de los tipos, y

(47) También el C. P. portugués permite un consentimiento en el art. 38, N° 1 solamente “cuando alcanza a intereses jurídicos de libre disposición”. La regla del consentimiento no dice cuándo ocurre esto.

(48) Comp. JESCHECK, “Lehrbuch”, 3^{ra} ed., cap. 34 III, 4; HIRSCH en *LK* (10a. ed.), n. marg. 115, com. previo art. 32.

con ello a la parte especial, no pueden ser expuestos aquí con detalle, sino solamente presentados mediante ejemplos. Uno de los tipos más controvertidos en este sentido es el art. 164 (falsa sospecha) [denuncia mendaz]. Si se ve el bien jurídico tutelado solamente en la administración de justicia al interior del Estado, la cual debe ser protegida de investigaciones erradas contra determinadas personas (teoría de la administración de justicia)⁽⁴⁹⁾, el consentimiento del sospechoso carece totalmente de importancia; éste eleva más bien el contenido de injusto del hecho al reforzar la confusión de la autoridad. Es igualmente irrelevante el consentimiento cuando, siguiendo a la jurisprudencia⁽⁵⁰⁾ y a la doctrina⁽⁵¹⁾ dominante, si bien se ve, mediante el art. 164, protegido también al particular (al lado de la administración de justicia) contra una persecución injustificada de la autoridad, sin embargo, se coloca a ambos bienes jurídicos en una relación de alternancia, de manera que el tipo ya se completa cuando alguno de ellos es lesionado (teoría de la alternancia). Entonces, el consentimiento deja intacta la lesión de la administración de justicia y con ello la punibilidad; su único efecto es el de anular la potestad del lesionado de hacer dar publicidad a la condena (art. 165) que solamente sirve a sus intereses (BGH, s. penal, t. 5, p. 69). Por el contrario, un cumplimiento del tipo excluye el consentimiento cuando se considera que ambos bienes jurídicos son cumulativos (teoría de la acumulación)⁽⁵²⁾, de manera que solo la lesión simultánea de ambos corresponde al tipo delictivo. Con más razón se despliega plenamente el consentimiento cuando se considera como bien jurídico tutelado solamente al interés del particular en su protección contra una persecución injustificada (teoría del bien individual)⁽⁵³⁾.

(49) Así últimamente de nuevo LANGER, "Die falsche Verdächtigung", 1973, p. 64; RUDOLPHI, en *SK* (3^{ra} ed.), art. 164, n. marg. 1; por sus tendencias también MAURACH/SCHROEDER, segundo tomo, segunda parte (6^{ta} ed.), cap. 97, I.

(50) Comp. solamente BGH, s. penal, t. 5, p. 66 y –de manera especialmente clara– BGH, *JR* 1965, 306.

(51) LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, "StGB", 22^{ava} ed., art. 164, n. marg. 1, 2, c. más ref.

(52) FRANK, *StGB*, 18^{ava} ed., art. 164, nota I.

(53) Así, últimamente, otra vez HIRSCH, "Zur Rechtsnatur der falschen Verdächtigung", *LC* a SCHRÖDER, p. 307 y ss.; SCHMIDHÄUSER, "Grundriss, BT", cap. 6, n. marg. 6.

En la práctica es muy importante la discusión sobre el bien jurídico en el art. 315c (peligro en el tráfico rodado). Aquí, p. ej., se trata de la cuestión de si un acompañante puede consentir eficazmente cuando se sienta en el coche de un conductor ebrio y resulta lesionado a continuación en un accidente (art. 315c, primer párrafo, N° 1a). El BGH considera irrelevante el consentimiento, porque el art. 315c no solamente protegería el cuerpo y la vida del participante individual en el tráfico, sino tendría por finalidad sobre todo la seguridad en el tráfico rodado y con ello la seguridad de la colectividad (BGH, s. penal, t. 23, p. 261, 263). El expuesto al peligro “no [podría] disponer sobre el bien jurídico de la seguridad del tráfico. Su consentimiento solamente tiene fundamental importancia allí donde él es el único portador del bien jurídico protegido y éste está bajo su disposición” (BGH, s. penal, t. 23, p. 264). Pero aquí merece las preferencias una concepción cumulativa del bien jurídico, según la cual no es suficiente la puesta en peligro genérica de la seguridad del tráfico en el caso del art. 315c⁽⁵⁴⁾; pues este tipo exige expresamente junto a la forma de conducir peligrosa, una concreta puesta en peligro individual. Si esta se encuentra cubierta mediante el consentimiento⁽⁵⁵⁾, ya no resulta suficiente para completar el tipo la abstracta puesta en peligro restante; ella es reprimida mediante la pena del art. 316 en caso de un autor incapaz de conducir.

2. Pero tampoco el consentimiento del portador del bien jurídico excluye el cumplimiento del tipo en todos los casos. Esto rige, en primer lugar, para los tipos que presuponen una cooperación de la víctima y sirven para su protección. Así, en los delitos que comprenden acciones de abuso sexual (arts. 174-176, 179, similares también los arts. 180, 180a), un consentimiento de la víctima es irrelevante porque el legislador, por la vía de una presunción irrefutable, le priva desde el principio la capacidad para decidir libre y responsablemente. Lo mismo rige para el tipo de la

(54) Así también por sus resultados la doctrina mayoritaria en la literatura; comp. p. ej. CRAMER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, “StGB”, 22^{ava.} ed., art. 315c, n. marg. 33; DREHER/TRÖNDLE, “StGB”, 42^{ava.} ed., art. 315c, n. marg. 17; ambos c. más ref.

(55) Lo cual fracasa ante el art. 226a en caso de resultado de muerte y también es frecuentemente dudoso por lo general. Es mejor tratar como problema general de imputación a la “puesta en peligro ajena y consentida por el tercero” sin recurrir al consentimiento.

usura (art. 302a), en el cual la situación de coerción, la inexperiencia, la debilidad de juicio y de voluntad del receptor han motivado al legislador a declarar la ineficacia del consentimiento ya mediante la introducción del tipo. En muchos casos de los delitos contra la administración pública tampoco es posible, desde el principio, un consentimiento del portador del bien jurídico. Así, p. ej., un funcionario público también es punible por persecución de inocentes (art. 344) o por una ejecución de pena no prevista penalmente (art. 345), cuando la víctima (p. ej., por motivos políticos o para encubrir a otro o para ocultar un hecho punible más grave) está de acuerdo con ello. Pues estas disposiciones no protegen solamente al perseguido, sino de igual manera al Estado de Derecho en el proceso penal, el cual también sufre daños cuando la víctima de tal proceder consiente. Sin embargo, no se puede estatuir el principio general, tal como muchas veces se hace, de que en los delitos contra la administración pública sería absolutamente irrelevante el consentimiento⁽⁵⁶⁾. Así, no hay dudas contra la suposición de que está excluido el tipo del art. 340 (lesiones corporales en la administración pública), cuando un soldado solicita donar sangre al médico de campo [Stabarzt], y este emprende la intervención. Esto rige incluso cuando con ello el médico de campo atenta contra una disposición del servicio. La posibilidad de un consentimiento en los delitos contra la administración pública depende, entonces, de un análisis de cada uno de los tipos particulares.

Es totalmente ineficaz el consentimiento en un bien jurídico individual de la vida humana. Aquí, del art. 216 [muerte a petición de la víctima] resulta que el consentimiento en la propia muerte no permite que desaparezca la punibilidad del hecho, sino que a lo sumo la atenúa. Para ello hay buenos motivos. Un consentimiento apresurado o influenciado por defectos psíquicos no reconocidos puede ocasionar daños irreparables, de manera que la víctima también tiene que ser protegida de sí misma; y la constitución de tabúes frente a cualquier muerte ajena no justificada por

(56) Al respecto, dando los fundamentos, AMELUNG, "Die Zulässigkeit der Einwilligung bei den Amtsdelikten", LH a Dünnebiel, p. 487 y ss.

una legítima defensa refuerza el respeto a la vida humana y sirve con ello para la protección absoluta de este bien jurídico del máximo valor.

El tipo de lesiones corporales presenta los problemas más difíciles. La ley parte del derecho a la libre disposición sobre el propio cuerpo, pero hace una excepción en el art. 226a para el caso de que el hecho atente contra las buenas costumbres pese al consentimiento. Desde el punto de vista constitucional, tal restricción de la potestad de disposición es posible porque la libertad general de acción según el art. 2 C. A., sobre la cual descansa la eficacia del consentimiento, solo está garantizada hasta el límite de los derechos de los demás, del ordenamiento constitucional y de las buenas costumbres. Sin embargo, no debe deducirse de esto una carta blanca para restringir la potestad de disposición con motivos puramente morales. Entonces se tendrá que entender a la “ley de las buenas costumbres” tomada como referencia en el art. 2, primer párrafo, de la C. A., que con ello solamente se quiere referir a principios éticos fundamentales, cuya lesión causa daños sociales. Además, por razones de proporcionalidad, el Derecho penal es solamente el máximo medio de reacción estatal; luego, este no tiene que trazar fronteras por todas partes, cuando la garantía constitucional ya no alcanza. Esto se puede reconocer ya por el hecho de que la limitación de la disposición del art. 226a no se vincula al atentado del consentimiento contra las buenas costumbres, sino en ese caso también deja impune a las lesiones corporales, siempre que el hecho mismo no atente contra las buenas costumbres. Finalmente, también el principio de determinación (art. 103, segundo párrafo, C. A.) prohíbe recurrir de manera inmediata a juicios morales carentes de bienes jurídicos⁽⁵⁷⁾, pues en nuestra sociedad pluralista ya no debe alcanzarse un consenso garantizador de la seguridad jurídica a través de los principios de la moral privada.

Después de todo esto, el “carácter atentatorio contra las buenas costumbres” del hecho solamente puede admitirse cuando su desaprobación legal resulta claramente visible a partir del ordenamiento jurídico y cuando

(57) Comp. al respecto ROXIN, JuS 1964, p. 371 y ss. (= “Strafrechtliche Grundlagenprobleme”, p. 184 y ss.).

el hecho acarrea la afección de bienes jurídicos que no está a disposición del portador del bien jurídico. Esto ocurre, en primer lugar, en el consentimiento de lesiones que hacen peligrar la vida, tal como puede suceder en las riñas (BGH, s. penal, t. 4, p. 88); pues del art. 216 resulta que también tiene que ser inválido un consentimiento eventual en la propia muerte. Además sigue siendo punible por lesiones corporales quien mutila a otro bajo el consentimiento de éste, para escapar al servicio militar o para obtener injustificadamente el beneficio de un seguro o una pensión. Aquí, debido a los arts. 109, 263, queda fuera de toda duda la desaprobación legislativa, así como tampoco están a disposición del afectado corporalmente los bienes jurídicos protegidos en estas disposiciones. Por motivos correspondientes, debe admitirse una lesión corporal, eventualmente punible de manera autónoma, en caso de un aborto por un charlatán, pese al consentimiento de la gestante.

Por el contrario es eficaz el consentimiento en las lesiones sado-masoquistas⁽⁵⁸⁾. Pues en primer lugar, en tales prácticas privadas falta la relación con el daño social, y, en segundo lugar, tampoco es visible una desaprobación del legislador contra dichas conductas. Antes bien contradiría los objetivos que subyacen en la reforma del Derecho penal sexual mediante la 4ª ley de reforma penal de 23-11-1973, el que mediante una punición por lesiones se evada la limitación de la punibilidad a los delitos “contra la autodeterminación sexual”⁽⁵⁹⁾. También es efectivo el consentimiento en la provocación de cicatrices durante una prueba universitaria de valor (BGH, s. penal, t. 4, p. 24), el consentimiento en una esterilización (BGH, s. penal, t. 20, p. 81)⁽⁶⁰⁾ y en la extirpación de órganos con fines

(58) El RG veía precisamente aquí un caso principal de consentimiento ineficaz según el art. 226a; comp. ref. en HIRSCH en *LK* (10a. ed.), art. 226a, n. marg. 8.

(59) Renuncio a la excepción de la punibilidad de estos casos, tal como había yo sostenido antes de la promulgación de la 4ª Ley de reforma penal en la nota 56 de la mencionada monografía.

(60) El BGH ha llegado a la impunidad argumentando que después de la derogación del art. 226b que regulaba la esterilización durante la época hitleriana, ya no existe una disposición penal. Este argumento ha sido unánimemente rechazado en la literatura (comp. solamente ROXIN, en *Boletín médico de Baja Sajonia*, 1965, número 6), porque los arts. 223, 225 comprenderían por sí mismos el caso. Pero la punibilidad fracasa debido a que no es con-

de trasplante. Además las operaciones cosméticas bajo un consentimiento son impunes, incluso cuando no son objetivamente razonables y ni siquiera tienen efectos embellecedores. También los cambios de sexo están permitidos cuando existe un consentimiento correspondiente⁽⁶¹⁾.

En la literatura se defienden frecuentemente diversas opiniones⁽⁶²⁾. Horn⁽⁶³⁾ considera que solo son punibles aquellas lesiones corporales consentidas “que son emprendidas con fines de preparación, ejecución, ocultamiento o simulación de un hecho punible”; esto se corresponde con la opinión aquí defendida, pero con la salvedad que las lesiones corporales peligrosas para la vida bajo el consentimiento de la víctima, por lo visto deben ser permitidas. A la inversa, una opinión que se está imponiendo⁽⁶⁴⁾ se centra exclusivamente en la gravedad de la intervención y solo quiere penar las lesiones corporales “considerables” o “graves” (art. 224!), pese al consentimiento. Pero esta teoría debe hacer una excepción en los trasplantes de órganos, lo cual relativiza la concepción, y consecuentemente tendría que permitir la punibilidad en la esterilización realizada por el médico a pedido del paciente, y con más razón aún en caso de cambios de sexo⁽⁶⁵⁾. El

traría a las buenas costumbres una esterilización emprendida con el consentimiento del paciente (comp. ROXIN, JuS 1964, p. 371 y ss. = “Grundlagenprobleme”, p. 184 y ss.).

- (61) Por el contrario, según el BGHZ 57, 63 y ss., aquí solo debe negarse el carácter atentatorio contra las buenas costumbres en casos excepcionales. La cuestión también ha sido dejada sin responder por el BVerfG para operaciones que no son terapéuticamente necesarias; ver *NJW* 1979, p. 595.
- (62) De manera similar que aquí, STREE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, “StGB”, 22^{ava.} ed., art. 226a, n. marg. 6, para quien debe limitarse la punibilidad a los casos “en los cuales no se puede dudar razonablemente de pautas valorativas de validez general, las cuales conducen a un claro juicio sobre el carácter contrario a las buenas costumbres”.
- (63) *SK* (3^{ra.} ed.), art. 226a, n. marg. 9.
- (64) ARZT, “Willensmängel bei der Einwilligung”, p. 36 y ss.; HIRSCH, *LK* (10a. ed.), art. 226, n. marg. 9; JESCHECK, “Lehrbuch”, 3^{ra.} ed., cap. 34, 2; STRATENWERTH, “Strafrecht, AT”, 3^{ra.} ed., n. marg. 376.
- (65) JESCHECK (“Lehrbuch”, 3^{ra.} ed., III, 3, b) y HIRSCH (en *LK*, 10a. ed., art. 226a, n. marg. 41) abogan por la impunidad de la esterilización requerida, mientras que STRATENWERTH (“Strafrecht, AT, 3^{ra.} ed., n. marg. 376) exige “motivos defendibles” para ello, con lo cual se abandona igualmente el punto de partida.

tenor legal también permite apenas equiparar la infracción de las buenas costumbres con la gravedad de la intervención. SCHROEDER⁽⁶⁶⁾ pretende negar la eficacia del consentimiento “cuando ocurre una considerable lesión corporal, especialmente un daño en la sustancia, sin una finalidad comprensible”. Pero el concepto de falta de comprensión tiene poca fuerza enunciativa y extiende demasiado la punibilidad. Pues no todo lo que ocurre sin un motivo comprensible tiene que atentar por ello contra las buenas costumbres, especialmente cuando el afectado mismo lo desea, es decir, cuando tiene un sólido motivo subjetivo. SCHMIDHÄUSER⁽⁶⁷⁾ quiere penar como lesiones corporales a las “intervenciones de carácter indigno a la persona” también en caso de un consentimiento del lesionado. Sin embargo, en contra de ello habla (aparte de la falta de concreción del criterio) el hecho de que la dignidad humana debe asegurar la libertad de decisión autónoma del individuo y no es, por ello, un instrumento idóneo para restringir la libertad de acción.

Lo que importa es el atentado del hecho contra las buenas costumbres, no el consentimiento (BGH, s. penal, t. 4, pp. 88, 91; RG, s. penal, t. 74, p. 91, 95; RG, DR 1943, 579, N° 12). Luego; cuando alguien se somete a una donación de sangre para usar los honorarios en una bribonada, esto puede atentar contra las buenas costumbres; pero la extracción de sangre no lo es, porque su finalidad es socialmente provechosa y al médico no le importa nada el empleo de los honorarios.

Siguiendo la doctrina ahora completamente dominante, el campo de aplicación del art. 226a debe restringirse a las lesiones corporales y no debe extenderse a otros tipos⁽⁶⁸⁾. El tenor y el lugar sistemático del precepto no dan puntos de apoyo para un empleo analógico del art. 226a a otros casos de consentimiento; esto atentaría contra el art. 103, segundo párrafo de

(66) MAURACH/SCHROEDER, segundo tomo, primera parte, 6^{ta.} ed., cap. 8III, A, 2.

(67) “Strafrecht, AT”, 2^{da.} ed., cap. 8, n. marg. 131; de manera correspondiente “Studienbuch, AT”, 2^{da.} ed., cap. 5, n. marg. 120.

(68) Por el contrario, el art. 38, N° 1 del C. P. portugués ha emprendido tal expansión a partir de la ley.

la GG por constituir una ampliación de la punibilidad. La idea jurídica del art. 216, el cual hace aparecer punible el hecho en caso de lesiones peligrosas para la vida pese a un consentimiento, tampoco encaja desde el principio en otros delitos. Y para los demás casos no existe ninguna necesidad político-criminal de emplear la idea jurídica del art. 226a en otros tipos, pues esta idea ya es problemática en las lesiones. Cuando alguien se deja mutilar un dedo para procurarse fraudulentamente una pensión por invalidez, una punibilidad del autor por complicidad en el art. 263 comprendería suficientemente el contenido de injusto del hecho, sin que sea necesaria una punición por lesiones corporales. Frente a esto, no existe ningún motivo para trasladar esta regulación a otros casos y, p. ej., penar también por delito de daños, además de por complicidad en una estafa, a aquel que demuele el auto del propietario a pedido de éste, a fin de que pueda obtener uno nuevo de la Compañía de Seguros.

IV. DECLARACIÓN, OBJETO, MOMENTO Y REVOCACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

Un consentimiento en sentido jurídico presupone que hubiera sido expresado hacia fuera en alguna manera (la llamada teoría intermedia)⁽⁶⁹⁾. Por el contrario, la teoría de la declaración de voluntad (mejor: teoría del negocio jurídico⁽⁷⁰⁾), fundamentada por ZITELMANN y ahora por lo general abandonada, concibe el consentimiento como un negocio jurídico de Derecho privado, mediante el cual se otorgaría al actor un derecho de intervención revocable. Sin embargo, en el consentimiento no se trata de una vinculación del portador del bien jurídico (así sea incluso revocable),

(69) Así, la actual teoría plenamente dominante; comp. solamente BAUMANN/WEBER, "Strafrecht, AT", 9^{na.} ed., cap. 21 II, 4, b; HIRSCH en LK (10^{ma.} ed.), n. marg. 109, com. previo art. 32; JESCHECK, "Lehrbuch", 3^{ra.} ed., cap. 34 IV, 2; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, "StGB", 22^{ava.} ed., n. marg. 43, com. previo art. 32; SAMSON en SK (4^{ta.} ed.), n. marg. 42, com. previo art. 32. También puede interpretarse el art. 38, N° 2 del C. P. portugués en el sentido de esta teoría.

(70) ZITELMANN, AcP 99, 1906, p. 51 y ss. Sobre todo FRANK se había aunado a esta teoría en las ediciones 11^{ava.} y 14^{ava.} de su comentario.

sino por el contrario de la práctica de una libertad general de acción en el sentido del art. 2, primer párrafo de la GG (comp. supra II y s.) que no está sometida a las reglas del Derecho Civil; muy aparte de que no puedan ser objeto de negocios jurídicos bienes jurídicos de carácter personalísimo.

Naturalmente, esto no excluye que, sobre todo en los objetos patrimoniales, la eventual celebración misma de un contrato vinculante sobre el permiso para la intervención ajena; p. ej., el propietario se obliga a permitir al vecino a talar un árbol. Si bien en esto hay un consentimiento, de manera que la tala acordada del árbol no es un delito de daños, el contrato, en sus presupuestos y efectos, va considerablemente más allá de lo que resultaría de un simple consentimiento.

Por otro lado, también debe rechazarse la teoría de la orientación de la voluntad⁽⁷¹⁾, opuesta diametralmente a la teoría del negocio jurídico. Para ella el consentimiento consiste en “el proceso puramente psicológico de renuncia a la voluntad protectora del Derecho. Por ello es suficiente la aprobación interna, sin que ella necesite hacerse conocer hacia fuera”⁽⁷²⁾. Pues si bien en el consentimiento se expresa la voluntad interna del portador del bien jurídico, una idea que no se destaca no constituye expresión de la voluntad y no es apropiada para vincular consecuencias jurídicas debido a que no puede ser comprobada.

Sin embargo, según la teoría intermedia, la cual después de todo se acerca más a la teoría de la orientación de la voluntad que a la teoría del negocio jurídico⁽⁷³⁾, el consentimiento no tiene que ser expreso. Es suficiente un consentimiento a través de una acción que lo sugiere; quien, p.

(71) Esta teoría es representada modernamente por MEZGER, “Strafrecht”, t. 2, 3^{ra} parte, 1932/49, p. 209; NOLL, “Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe...”, p. 134; SCHMIDHÄUSER, “Strafrecht, AT”, 2^{da} ed., cap. 8, n. marg. 145.

(72) Así el KG, JR 1954, 429, el cual se manifiesta expresamente a favor de la teoría de la dirección de la voluntad.

(73) Por ello, la denominación que BAUMANN hace de la teoría intermedia como “teoría atenuada [abgeschwächt] de la orientación de la voluntad” (“Strafrecht, AT”, cap. 21, II, 4, b) es todavía más pertinente que la denominación empleada frecuentemente (comp. HIRSCH en LK, 10^{ma} ed., n. marg. 109, com. previo art. 32) de la “teoría limitada de la declaración de voluntad”.

ej., se mete en una pendencia amigable, consiente implícitamente en las lesiones corporales leves vinculadas con ello. La jurisprudencia emplea la idea del consentimiento implícito especialmente en casos de viajes acompañados en autos, cuando “ello está unido a un riesgo elevado debido a las circunstancias especiales, el acompañante reconoce esto y a pesar de todo se decide a participar”⁽⁷⁴⁾.

Además, el consentimiento no necesita –ni siquiera de manera implícita– ser declarado frente al actor o ser aunque sea reconocido por este. Cuando el propietario ordena a sus empleados a no intervenir contra de la producción de daños, se da un consentimiento efectivo, aun cuando el autor no sepa nada de ello. Sin embargo, en tal caso solo se excluye el tipo objetivo, de manera que el autor sigue siendo punible por tentativa inidónea. Además, solo se puede ver un consentimiento en la no-intervención allí donde aquel se basa en una libre decisión del titular del bien jurídico. Cuando alguien solamente permite una intervención en sus bienes jurídicos porque considera que es inútil tomar medidas o teme al atacante, no hay un consentimiento eficaz. Entonces, si bien el consentimiento es solamente “expresión de la coincidencia de la propia e interna toma de posición con el otro”, no obstante es “más que una simple tolerancia y que un simple dejar pasar” (RG, s. penal, t. 68, p. 307).

Sin embargo, en la jurisprudencia y la literatura se defiende mayoritariamente la teoría de la orientación de la voluntad para los casos del acuerdo (comp. supra I, a)⁽⁷⁵⁾; luego, debe ser suficiente la “aprobación interna”⁽⁷⁶⁾, sin que sea necesario un dar a conocer. No obstante, no se ve la forma de fundamentar este tratamiento diferenciado. Pues los argumentos que hablan en contra de la teoría de la orientación de la voluntad rigen de

(74) OLG Oldenburg, *NJW* 1966, p. 2132, 2133; además, BayOLG, *NJW* 1968, p. 665, OLG Schleswig, *SchlHA* 1959, p. 154; OLG Celle, *NJW* 1964, p. 736; *MDR* 1969, p. 69.

(75) Comp. aparte de los autores mencionados en la nota 6, además a JESCHECK, “Lehrbuch”, 3ª ed., cap. 34, I, 2 (para los “casos del ladrón”); LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, “StGB”, 22ª ed., n. marg. 32, com. previo art. 32 (para una parte de los casos); SAMSON, *SK*, 4ª ed., n. marg. 37, com. previo art. 32.

(76) BayOLG, *NJW* 1979, p. 729.

igual forma para el acuerdo y el consentimiento. El ejemplo siempre traído a colación del “caso del ladrón” (supra I, 1) no demuestra de ninguna manera que la simple idea del propietario pueda excluir la realización del tipo de hurto (art. 242). Cuando la Policía extiende billetes preparados para poder apresar de esta manera a un ladrón buscado (así los hechos en BayOLG, NJW 1979, p. 729), ciertamente el autor cogido en la trampa solo es culpable de un hurto tentado. ¡Pero la maniobra de preparación y extensión permite que la voluntad de la Policía de que el ladrón tome en su custodia el billete se vuelva claramente reconocible hacia fuera! Ciertamente solo constituye una tentativa (impune) de violación de domicilio cuando el propietario, con ayuda de un colaborador de la Policía, atrae a delincuentes a su departamento para poder detenerlos allí mediante el oficial ya preparado para ello. Pero aquí no falta de ninguna manera la comunicación de la voluntad, tal como exige la teoría intermedia.

Por el contrario, cuando realmente solo existe una aprobación puramente interna, en los casos del acuerdo el autor debe ser también penado por un hecho consumado (p. ej., el propietario piensa: a mí me vendría bien que mi auto viejo sea hurtado del garaje convenientemente cerrado, a fin de que el Seguro me financie uno nuevo). Incluso en la violación (art. 177) solo podrá verse excluido el tipo cuando sea reconocible hacia fuera, de alguna manera, alguna “aprobación interna” de la mujer. Esto no tiene que ocurrir mediante palabras, pero debe extraerse de la reacción de la víctima. Si se quisiera renunciar a cualquier “dar a conocer” y centrarse únicamente en los “pensamientos más internos” de la mujer, eventualmente contradictorios de su conducta externa, se perdería cualquier seguridad jurídica y se abriría un campo demasiado amplio para ilimitados errores de tipo del autor.

El objeto del consentimiento no es solamente la acción del autor, sino también el resultado, pues este es una parte esencial del tipo. El que el consentimiento se tenga que referir al resultado es bastante evidente en los delitos dolosos. Por el contrario, en los delitos culposos es discutible si es que no podría haber un consentimiento en acciones y riesgos, sin consentir simultáneamente en el resultado. Pero aquí también puede referirse un consentimiento solamente al resultado que constituye el tipo.

El consentimiento tiene que ser dado antes del hecho (BGH, s. penal, t. 17, p. 359) y es revocable libremente⁽⁷⁷⁾ en tanto no exista una vinculación contractual en el caso particular. Aquí, para la revocación no solo deberá considerarse suficiente el cambio de voluntad puramente interno, sino se tendrá que exigir que se dé a conocer hacia fuera. Una autorización posterior (p. ej., el hurtado regala la cosa al autor después de descubrir el hecho) no influye en la realización del tipo. Pues, en caso contrario, el perjudicado podría decidir sobre la pretensión punitiva estatal, lo cual contradice al principio de persecución pública (el principio de la intervención de oficio). Claro que, en los delitos de persecución a instancia de parte, el perjudicado puede liberar al autor de la persecución penal cuando renuncia a presentar la denuncia penal; también en los delitos de persecución pública, en la medida en que es posible un archivamiento (arts. 153 y ss. StPO) muchas veces una aprobación posterior de la víctima no deja de tener influencia en la decisión de las autoridades de persecución penal. Si se otorga un consentimiento después de comenzado, pero antes de consumado el hecho (p. ej., la víctima de una tentativa de violación consiente voluntariamente en el acto sexual, después del empleo de violencia), entonces hay tentativa de la cual no es posible un desistimiento liberador de pena a causa de la imposibilidad de consumir el hecho; sin embargo, en tales casos, raramente habrá una denuncia penal.

Con esto termino mi contribución. Ella está dedicada al derecho alemán, pero deberá servir al mismo tiempo para la interpretación del Derecho portugués, el cual –a diferencia del StGB alemán– ha regulado expresamente el consentimiento en el art. 38 de su obra legislativa de 1982^(*). No obstante, esta regulación está en una relación estrecha con la interpretación defendida en la ciencia y jurisprudencia alemanas, de manera que los problemas son iguales para ambos ordenamientos jurídicos. Esto es ciertamente una bonita prueba de la intensa cooperación científica que desde hace décadas tiene

⁽⁷⁷⁾ En este sentido, también el art. 38, N° 2 del C. P. portugués.

^(*) N. d. T.: Obviamente, por las mismas razones, también es válida la contribución para la interpretación del art. 20, numeral 10 del C. P. peruano.

lugar entre nuestros países en el campo del Derecho Penal. ¡Por ello este estudio se dedica, por su 70mo. cumpleaños, a Eduardo Correia, uno de los más importantes doctrinarios en este campo del Derecho penal y uno de los grandes intermediarios entre los ordenamientos jurídicos, agradeciéndole, honrándole y deseándole mis mayores parabienes!

El principio de culpabilidad y sus cambios (*)



I

El principio de culpabilidad forma parte de uno de los temas centrales del trabajo científico durante la vida de Arthur KAUFMANN. Ya su tesis doctoral sobre “Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts” [“La conciencia del injusto en la teoría de la culpabilidad del Derecho penal”] (1949) precisa las exigencias de este principio en el campo de la teoría del error, teoría en aquellos tiempos muy poco clara, tanto legal como científicamente. Su trabajo para acceder a la cátedra, “Das Schuldprinzip” [“El principio de culpabilidad”] (1961, 1976, segunda edición) constituye la primera amplia “investigación de Derecho penal y de filosofía del Derecho”⁽¹⁾ sobre la problemática, y desde entonces el autor se ha confrontado en numerosas monografías⁽²⁾ con las diferentes

(*) Publicado en el LH a Arthur Kaufmann, Heidelberg, 1993, pp. 519-535, con el título “Das Schuldprinzip im Wandel”.

(1) Según el subtítulo del libro.

(2) Solamente mencionaré:

a) “Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht”, *JZ*, 1967, p. 553 y ss. (en: “Das Schuldprinzip”, 2^{da}. ed., p. 263 y ss. = “Strafrecht zwischen Gestern und Morgen”, 1983, p. 9 y ss.).

b) “Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, LH a Richard Lange, 1976, p. 27 y ss. (en: “Strafrecht zwischen Gestern und Morgen”, 1983, p. 69 y ss.).

discusiones actuales sobre el principio de culpabilidad. Arthur KAUFMANN siempre ha sido desde el principio un convencido partidario del principio de culpabilidad, y aun lo sigue siendo hoy en día. Pero el tenor de sus tomas de posición –y, como se mostrará más adelante, también su entendimiento de contenido sobre el principio de culpabilidad– han sufrido sustanciales modificaciones con el transcurso de las décadas. En el prefacio a su trabajo para acceder a la cátedra, KAUFMANN opinaba que el principio de culpabilidad sería “tolerado más o menos como algo evidente que no debe discutirse más”, de modo que lo que a él le importaba era también, en lo esencial, problematizar lo aparentemente aceptado de manera general (p. ej., mediante la tesis de que sería imposible una pura realización del principio de culpabilidad). Por el contrario, un artículo escrito 25 años más tarde⁽³⁾, autodenominado “fuera de su tiempo” (en el sentido de Nietzsche) comienza con: “En estos momentos, el Derecho penal de la culpabilidad se encuentra en una crisis. Exteriormente esto se documenta con una serie de monografías que se manifiestan críticamente e incluso con postura adversa al principio de culpabilidad”.

Luego, ahora más que nunca, el principio de culpabilidad se encuentra en discusión. Arthur KAUFMANN lo denomina una “de las piedras angulares sobre las que descansa nuestro Derecho penal”⁽⁴⁾ y últimamente previene “insistentemente” contra su abandono⁽⁵⁾: “Pues lo que se sacrifica con la idea de la culpabilidad es nada menos que la liberalidad del Derecho penal”. Por otro lado, los opositores quieren borrar el concepto de culpabilidad

c) “Schuld und Prävention”, LH a Wassermann, 1985, p. 889 y ss.

d) “Unzeitgemäße Betrachtungen zum Schuldgrundsatz im Strafrecht”, *Jura* 1986, p. 225 y ss.

Los artículos se superponen y contienen parcialmente partes que se corresponden mutuamente o que dicen lo mismo, pero cada uno de ellos también trae a colación nuevos o diferentes aspectos del tema.

(3) Igual que en nota 2, d), p. 225.

(4) “Das Schuldprinzip”, prólogo a la primera edición, p. 7. De manera muy parecida en el prólogo a la segunda edición, p. 7: el principio no habría “perdido nada de su... importancia fundamental para el Derecho penal”.

(5) Igual que en nota 2, d), p. 230.

del Derecho penal⁽⁶⁾. Acogiendo la antigua crítica al Derecho penal y recurriendo a posiciones modernas de la Criminología, la Sociología y la teoría del Derecho estos autores argumentan que la libertad de voluntad como presupuesto de la culpabilidad no puede ser probada empíricamente ni tampoco comprobada en lo forense, y que la “culpabilidad” sería un concepto sin claridad semántica, cargado emocionalmente, recargado por las tradiciones filosóficas y teológicas, así como por los prejuicios teóricos cotidianos. Su función dominante en el Derecho penal impediría la asimilación jurídica de descubrimientos criminológicos y postulados de política criminal. Por ello, la culpabilidad tendría que ser reemplazada por criterios de imputación más racionales, más apropiados y más exactos.

Desde hace ya tiempo he tratado de servir de intermediario en esta discusión⁽⁷⁾ y con ello he ganado, en parte crítica y en parte aprobación. El objetivo de esta contribución es continuar la conversación con mi amigo Arthur KAUFMANN sobre nuestro tema común, pero simultáneamente también difundir entre los opositores categóricos al principio de culpabilidad, la comprensión de que sus objetivos en gran parte justificados, no exigen, es más, ni siquiera evidencian una renuncia al principio de culpabilidad.

(6) Solamente mencionaré aquí a los dos autores de las más recientes exposiciones monográficas sobre el tema, sobre las cuales el propio Arthur Kaufmann todavía no se ha manifestado, y a las que –por motivos de espacio– se tendrá que limitar mi confrontación con los que se oponen al principio de culpabilidad: SCHEFFLER, “Kriminologische Kritik des Schuldstrafrechts”, 1985 (en adelante: Kritik); el mismo autor, “Grundlegung eines kriminologisch orientierten Strafrechtssystems”, 1987 (en adelante: Grundlegung); BAURMANN, “Zweckrationalität und Strafrecht”, 1987 (en adelante: Zweckrationalität).

(7) Comp. solamente:

- a) “Sinn und Grenzen staatlicher Strafe”, *JuS* 1996, p. 377 y ss.
- b) “Kriminalpolitik und Strafrechtssystem”, 1970, 2^{da}. ed., 1973.
- c) “Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip”, *MSchrKrim* 1973, p. 316 y ss.
- d) “Schuld und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien”, *LH a Henkel*, 1974, p. 171 y ss.
- e) “Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht”, *LH a Bockelmann*, 1979, p. 279 y ss.
- f) “Zur Problematik des Schuldstrafrechts”, *ZStW* 96 (1984), p. 641 y ss.
- g) “Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?”, *SchwZStr* 104 (1987), p. 356 y ss.

II

La versión del principio de culpabilidad que defiende desde la época del Proyecto alternativo de la parte general (1966) –con algunos desplazamientos de acentuación en cuestiones particulares– debe tomar en cuenta las objeciones de sus opositores y preservar sin recortes aquellos logros en aras de los cuales se argumenta tan apasionadamente. A manera de tesis, la concepción puede ser resumida como sigue:

- I. La teoría penal de la culpabilidad debe ser independiente de la realidad empírica de la libertad de voluntad, pues esta no puede ser probada. Y si ella lo fuese, en todo caso, durante el posterior juicio oral ya no podría verificarse con métodos psicológicos o psiquiátricos un “poder actuar de diferente manera” en el momento del hecho. Dado que este dato es indiscutible y tampoco puede eliminarse mediante “reconocimientos” hacia la libertad y la culpabilidad, el Derecho penal se ve en la imperiosa necesidad de dejar de lado la existencia real y la posibilidad de prueba de la libertad de voluntad. Esto no implica una indiferencia digna de reproche. Lo que pasa es que no existe ninguna otra posibilidad, pues las fronteras del saber humano escapan a las posibilidades jurídicas disponibles.

Pero esta necesaria modestia no nos impide reconocer la aprobación recíproca de la libertad como regla de juego social, como imposición normativa y principio jurídico de regulación. Si se pudiera comprobar que una persona era alcanzable en la situación concreta por el llamado de la norma (“asequible normativamente”), y era receptible a la posibilidad normal de ser determinado por motivos –lo cual puede, en principio, ser investigado empíricamente– partimos de que este, al tomar una decisión contra el Derecho, ha actuado culpablemente.

Entonces, la suposición de libertad, en la medida en que sobrepasa nuestro saber empírico, es una imputación, pero una que no ocurre arbitrariamente. Pues, por un lado, ella tiene un sustrato real (la asequibilidad normativa en el momento del hecho) y, por otro lado, todo el ordenamiento jurídico se basa en la conciencia de libertad de la persona como un hecho psicológico-social que no puede ser eludido. El Derecho penal tampoco puede desprenderse de esto si quiere ser

aceptado socialmente y motivar al seguimiento de la norma. Todo deber ser pierde su sentido cuando no se reconoce al destinatario "normal" de la norma el poder necesario para seguirla y no se le hace responsable por su mal uso.

2. Luego, en el sentido del Derecho penal, actúa culpablemente quien se comporta típica y antijurídicamente, pese a que en el momento del hecho era normativamente asequible (lo cual no sucede, p. ej., en los estados de excepción del art. 20 o en caso de un error de prohibición invencible). Dicho concepto de culpabilidad es claro, sobrio y aplicable en la práctica forense. Se contenta con las comprobaciones que son indispensables para una imputación individual en el Derecho penal. No puede ser alcanzado por el reproche de vaguedad semántica y de sobrecarga metafísica. Naturalmente, cada uno es libre de vincularlo con ideas filosóficas o teológicas sobre la culpabilidad, pero tal elevación metafísica no influye en el aprovechamiento penal de este concepto.
3. La existencia de culpabilidad en el sentido señalado es un presupuesto de punibilidad (y "fundamenta" a esta en este sentido), pero no legitima ninguna retribución. El pensamiento kantiano de que la idea de justicia exigiría una compensación de culpabilidad desvinculada de los fines y de que la "esencia" o el "sentido" de la pena radicaría con ello en la retribución, es de naturaleza irracional y no es compatible ni con un concepto de culpabilidad libre de metafísica, ni tampoco en absoluto con el Derecho penal de un moderno Estado democrático. Pues este no puede tener otra tarea que preservar una pacífica vida común y seguras bases de existencia a sus ciudadanos.
4. Del rechazo a la retribución se deriva que los objetivos del Derecho penal son de naturaleza puramente preventiva: este debe impedir para el futuro acciones insoportables, dañosas socialmente, influyendo en el autor y en la colectividad. Si además hacemos depender la pena, según su motivo y medida, de la culpabilidad del autor, esto solamente sirve para limitar el poder estatal de intervención en la persecución de fines penales preventivos. En aras de la libertad del individuo no queremos penar al inocente, y también al culpable solamente lo queremos penar en la medida de su culpabilidad. Entonces, la culpabilidad nunca exige una pena; solamente su ausencia excluye la pena y su magnitud determina la frontera máxima de la pena.

5. Si la culpabilidad es necesaria para, la pena, pero no la exige, la pena puede quedar por debajo de la medida de la culpabilidad o ser reemplazada por otras sanciones (p. ej. la reparación civil) en tanto exigencias preventivas lo evidencien o por lo menos lo permitan. Para esto debe atenderse a necesidades mínimas de prevención general: luego, la pena, aun cuando esté por debajo de la medida de culpabilidad, debe ser todavía aceptada socialmente como suficiente y debe poder restablecer la paz jurídica. Si lo hace, tendrá que ser, por lo demás, determinada según exigencias de prevención especial, pero sin que con esto su duración llegue a sobrepasar la medida correspondiente a la culpabilidad. También dogmáticamente se puede aprovechar la permisón de quedar por debajo de la culpabilidad, p. ej., liberando de pena a la imprudencia mínima o a la culpabilidad mínima en el error de prohibición, en la medida en que lo permitan exigencias preventivas y la ley admita esta interpretación.
6. Tal concepción es puramente preventiva en los objetivos, pero en el marco de lo socialmente posible –es decir, de lo tolerable desde la prevención general– asegura la libertad individual en el mayor grado imaginable: no debe pensarse sin culpabilidad y no se debe penar más allá de la medida de la culpabilidad, pero tampoco debe pensarse sin necesidad de prevención especial o general. La culpabilidad y la prevención se limitan recíprocamente: solo puede buscarse prevención a través de la pena bajo el presupuesto y la medida de la culpabilidad, pero también la culpabilidad justifica la pena solamente en el marco de lo preventivamente exigible.

III

Si uno se pregunta, en qué medida la idea de Arthur KAUFMANN sobre el principio de culpabilidad puede armonizar con la concepción previamente esbozada, deben distinguirse su concepción antigua y su concepción nueva.

1. Ya en el “Schuldprinzip”⁽⁸⁾ KAUFMANN parte de –y persevera en ello hasta ahora– una libertad de voluntad que para él, siguiendo a

⁽⁸⁾ Pp. 279-282.

Nicolai Hartmann, consiste en una libertad para la sobredeterminación del curso causal, que no proviene “de una estructura causal del mundo”. Esta libertad “no podría ser comprobada de manera obligatoria” porque sería idéntica “con la aptitud humana para la autorrealización espiritual”. A la indicación de una “inseguridad de nuestra cognoscibilidad” le opone el “riesgo de la decisión”.

Me parece que entre mis formulaciones tímidas y la concepción de KAUFMANN no existe una diferencia irreparable. Ambos partimos –por regla general– de la libertad y de la culpabilidad sin discutir su posibilidad empírica de prueba. Según mi entender, no podemos saber ciertamente si el “acto de libertad moral”, como KAUFMANN entiende la sobredeterminación del acontecer causal, “no proviene de la estructura causal del mundo” o que, por su parte, esté sometido a una determinación psíquica. Pero la cuestión no es –jurídicamente formulado– relevante para la decisión. El que uno haga suya en un “riesgo de decisión” la presunción de libertad por motivos ético-filosóficos o el que se la tome como hipótesis político-criminal y final de regulación, no implica ninguna diferencia para la aplicación práctica. Ninguna concepción de la culpabilidad, sea como se la fundamente, puede investigar en la práctica forense más que una asequibilidad normativa del inculpado, existente en el momento de los hechos.

KAUFMANN choca continuamente con mi tesis –que, por lo demás, se corresponde con la opinión dominante– de que el Derecho penal tendría que y podría dejar incólume la realidad empírica de la libertad de voluntad y la culpabilidad. Dado que la culpabilidad en el Derecho penal solo tendría la tarea de colocar un límite impuesto por el Estado de Derecho a la persecución de fines preventivos, es decir, que solamente tendría efectos favorables al autor, no tendría necesidad de ninguna prueba al igual que otras imposiciones normativas que garantizan la libertad. KAUFMANN opina críticamente al respecto⁽⁹⁾: “Con esta argumentación se podría, por último, dejar en el limbo a todos los elementos del delito, no solamente a la culpabilidad. Aparte de ello, es ciertamente solo la culpabilidad, la cual existe y puede ser comprobada, quien es capaz de delimitar la punibilidad”.

⁽⁹⁾ Últimamente en *Jura* 1986, p. 228 y ss.

Creo que aquí hay malentendidos. La libertad y la culpabilidad, en tanto escapan a la comprobación empírica por estar más allá de la “determinabilidad normal a través de motivos”, si bien son atribuidas normativamente, sin embargo, siguen siendo tomadas como base. Visto penalmente, no es el elemento del delito de la culpabilidad el que queda en el limbo, sino la realidad de las ciencias naturales, al menos, la posibilidad de comprobación de la libertad de voluntad. Pero esto no lo puede cambiar nadie, tampoco un “riesgo de la decisión”. Por lo demás, también el juicio de antijuricidad es una atribución normativa, sin que por ello su aprovechamiento jurídico tenga que ser ilegítimo. Y frente a la objeción de que solamente podría “delimitar la punibilidad... una culpabilidad, que existe y que pueda ser comprobada”, hay que indicar que aquí nuevamente se deja sin separar suficientemente la dimensión jurídica de la empírica. Los principios de proporcionalidad y de igualdad, la dignidad humana, numerosos derechos personalísimos y la reserva de intervención establecen variados límites a las medidas estatales. Pero la existencia y la capacidad de comprobación de todos estos límites permanecen en la esfera normativa, sin alterar su vinculación con hechos objetivos. Para el efecto delimitador de la intervención penal que tiene el principio de culpabilidad tampoco se necesitan más posibilidades de comprobación.

2. Por cierto que la oposición de KAUFMANN a tal concepto “jurídico” de culpabilidad tiene su motivo profundo en que quiere hacer valer la culpabilidad solo como fenómeno moral. Para él existe⁽¹⁰⁾ la “culpabilidad jurídica solamente como culpabilidad moral... En el fondo no hay ninguna culpabilidad especial religiosa, ética, jurídica y política que ... puedan separarse entre ellas... Lo que se designa como culpabilidad jurídica es, o bien un fenómeno moral, o ninguna culpabilidad –pero entonces tampoco es una causa posible para la intervención punitiva”. De ello se vuelve a derivar pues “la naturaleza moral de la pena”⁽¹¹⁾: “En el padecimiento por la culpabilidad radica la justificación moral para la pena”; esto significaría “una capitis deminutio moral”⁽¹²⁾. El autor, a través de su culpabilidad, “habría hecho caducar

(10) Das Schuldprinzip, p. 197 y ss.

(11) Das Schuldprinzip, p. 201.

(12) Das Schuldprinzip, p. 205.

en parte su pretensión de ser respetado como persona”; recién a través de la pena obtendría de nuevo “la plena propiedad de su dignidad personal”⁽¹³⁾.

Por cierto que esta constituye aquella posición idealista que hoy en día apenas es compartida por alguien y cuya reprobación ha llevado a tantos críticos a rechazar de plano el Derecho penal de la culpabilidad. También mi concepción de la culpabilidad se ha desarrollado, contradiciendo esta concepción metafísica-ética del Derecho penal de la culpabilidad que niega su autonomía y la recarga con problemas filosóficos y teológicos que están más allá de la competencia del jurista. El Derecho penal debe proteger el ordenamiento social de la paz y los fundamentos vitales de la sociedad dentro de las fronteras designadas por el principio de culpabilidad. La realización de valores éticos no es tarea estatal ni tampoco podría ser prestada por el Estado. Con su culpabilidad ética el autor debe confrontarse ante el forum de su propia conciencia; el Derecho penitenciario puede incluso darle las posibilidades para ello en el mejor de los casos. Las reglas del proceso penal, en todo caso, no son apropiadas para comprender y sopesar la culpabilidad ética. Para la declaración penal de culpabilidad no se necesita más que el Juez compruebe que el autor es imputable y ha realizado el injusto penal sin causas legales de exculpación.

¿Pero acaso Arthur KAUFMANN se aferra a su concepto universal de culpabilidad moral con las implicaciones arriba explicadas para el ámbito del Derecho penal? Lo cierto es que él todavía rechaza la idea de una “culpabilidad jurídica” pura⁽¹⁴⁾. Pero seguramente no se le interpreta incorrectamente cuando se destaca que KAUFMANN deriva el principio de culpabilidad cada vez más de la finalidad penal de resocialización (en vez de la ética). Veinticinco años después de su “Schuldprinzip” escribe⁽¹⁵⁾: “El principio de culpabilidad remite al principio de responsabilidad. A su vez, la idea de resocialización se funda en el principio de responsabilidad. Las personas que no son responsables pueden ser vigiladas, quizás puedan ser curadas o adiestradas, pero no resocializadas”.

(13) Das Schuldprinzip, p. 201.

(14) Comp. solamente nota 2, a, “Das Schuldprinzip”, 2^{da}. ed., p. 267 dentro de y en relación con la nota 58.

(15) *Jura* 1986, p. 231.

Esto es problemático en la medida en que difícilmente puede denegarse el objetivo (re-)socializante a la “mejoría” en el sentido de las medidas de seguridad. Pero es seguramente correcto que la resocialización es, en lo central, educación para la autorresponsabilidad y exige la cooperación del delincuente. Sobre si la resocialización presupone además una asunción autorresponsable de la culpabilidad por el condenado, tal como KAUFMANN lo exige⁽¹⁶⁾, es para mí dudoso. También puede ser que el autor –y eventualmente incluso con razón– atribuya su fracaso, ante las exigencias de la sociedad, a los déficit de socialización no debidos a él y, a pesar de todo, procure superarlos con éxito. Pero, en todo caso, constituye un importante elemento de resocialización la comprensión de que resulta necesario responder por las acciones punibles y tener que asumir en el futuro también la responsabilidad por una vida libre de pena. Sin embargo, un concepto penal de la culpabilidad, tal como lo defiendo yo, también puede cumplir esta tarea, ya que no renuncia a hacer responsable al autor por su conducta y dado que la necesidad de sanciones punitivas puede también ser entendida sin mayores reservas morales a partir de las condiciones de existencia de la sociedad. La prédica moral, en todo caso, tampoco es un medio recomendable desde la perspectiva de la pedagogía criminal. Pero, independientemente de diferencias en la acentuación en particular, KAUFMANN y yo nos encontramos muy cercanos en la importancia que atribuimos a la resocialización. En todo caso, KAUFMANN da un gran paso hacia un Derecho penal preventivo mediante la estrecha vinculación entre culpabilidad y resocialización.

3. Este acercamiento todavía se vuelve más claro cuando se observan las consecuencias que resultan para el principio de la retribución de un concepto de la culpabilidad más orientado en los fines de la pena. KAUFMANN había entendido originariamente la pena como “sufrimiento por la culpabilidad” (es decir, como retribución compensadora)⁽¹⁷⁾ y exigido consecuentemente que la culpabilidad tenga que experimentar

(16) Nota 2, a, “Das Schuldprinzip”, 2^{da}. ed., p. 272.

(17) “Das Schuldprinzip”, p. 201.

pena incluso cuando no fuera preventivamente necesaria o siquiera dañina. Proclamó la “doble faceta del principio de la culpabilidad”, la cual exige “que no solamente la pena debe corresponderse con la culpabilidad, sino la culpabilidad también hace necesaria la pena”⁽¹⁸⁾. Uno “(...) debería cuidarse de querer justificar la pena mediante su finalidad resocializadora”⁽¹⁹⁾. “Los fines preventivos de la pena (...) pueden (...) merecer ser perseguidos, sin embargo, no constituyen lo esencial de la pena por culpabilidad, pues la pena también tiene que darse cuando los fines mencionados no puedan ser alcanzado con seguridad”. Y, todavía más enfático: “El culpable merece la pena incluso cuando ella resultare no tener una finalidad político-criminal”. En la “forma de la retribución justa (...) la pena sirve al mismo tiempo para la expiación del delincuente (...)”⁽²⁰⁾. El principio de culpabilidad con su doble faceta es “un principio del mundo moral, una *lex naturalis*, y por ello tiene absoluta vigencia”⁽²¹⁾.

Pero ya en 1967 KAUFMANN, orientándose fuertemente en la prevención especial, vuelve a desistir de esta doble faceta del principio de culpabilidad y con ello de la defensa de una pena retributiva a imponer independientemente de su necesidad político-criminal o de su dañosidad⁽²²⁾. Ahora destaca él mismo que “la idea de retribución, desde la perspectiva político-criminal, no ha caído en desgracia porque sí”, y se pregunta si “la asociación: pena por culpabilidad = pena retributiva [estaría] en el fondo realmente fundada”. Su respuesta es ahora un claro “no”. El castigo no significa (o no significa más) para él retribución, sino “que el culpable confronta su culpabilidad, la asume autorresponsablemente y así se libera nuevamente del reproche de haber fracasado”. Ahora resulta que el castigo sería “no una retribución, sino muy por el contrario” no existiría una correspondencia entre culpabilidad y retribución. “No se puede ‘retribuir’

(18) “Das Schuldprinzip”, p. 201; en la p. 208 se enfatiza nuevamente que lo que importaría “decisivamente” es esta “doble faceta”.

(19) “Das Schuldprinzip”, p. 206.

(20) “Das Schuldprinzip”, p. 206.

(21) “Das Schuldprinzip”, p. 208.

(22) Igual que en nota 2, a, “Das Schuldprinzip”, 2^{da} ed., p. 271 y ss.

de ninguna manera la culpabilidad”. La culpabilidad tiene ahora para KAUFMANN, además de la delimitación de pena, solamente la función de posibilitar castigo y resocialización.

Esto se corresponde (con reservas por las desviaciones mencionadas bajo el punto 2) ampliamente con la concepción también defendida por mí. En la medida en que el Derecho penal de la culpabilidad es criticado como metafísico, represivo y enemigo de lo empírico, la crítica justificada siempre alcanzará solamente a la retribución y no a la permanencia en una culpabilidad cuyo contenido solamente sirve para la legitimación de un Derecho penal resocializador.

4. De ello resulta que la nueva concepción de KAUFMANN es una teoría preventiva que se aparta ampliamente de su concepción originaria de la pena. KAUFMANN dice ahora⁽²³⁾ “que únicamente en aras de la culpabilidad está justificado realizar, mediante penas, la protección de bienes jurídicos necesaria para la comunidad, pero esto también ocurre solo mediante aquellas penas cuya ejecución esté dirigida primariamente a la resocialización del autor”. Aquí se trata, entonces, de la protección de bienes jurídicos mediante la prevención especial y ya no de otorgar validez absoluta a una “lex naturalis”.

Por cierto que, “en los delitos más graves”, KAUFMANN⁽²⁴⁾ quiere seguir pensando también “cuando esto resulta inútil, quizás incluso irracional, desde la idea de prevención”, de manera que en tales casos para él nuevamente “el sentido de la retribución de la pena ... se abre paso”. Esto me parece contradictorio e innecesario en vista de la anteriormente anunciada renuncia a la retribución, pues las exigencias de la prevención general integradora cubren plenamente la punición de dichos delitos (p. ej., crímenes violentos del nacional-socialismo)⁽²⁵⁾. KAUFMANN mismo dice: “Si no se respondiera a los delitos graves con la correspondiente pena, esto

(23) Igual que en nota 2, a, “Das Schuldprinzip”, 2^{da.} ed., p. 276.

(24) Igual que en 2, a, “Das Schuldprinzip”, 2^{da.} ed., p. 275 y ss.

(25) En el LH a Wassermann (ver nota 2, c) KAUFMANN mismo habla en este contexto de la idea de la “prevención general positiva” (p. 895).

tendría que corromper la actitud interna de las personas decentes”. Esto es ciertamente correcto, pero precisamente por ello la punición no es “inútil” o “irracional” para la Política criminal, sino necesaria. Tales rudimentos de la antigua concepción retribucionista no pueden, sin embargo, cambiar en nada que en total se juzgue que la nueva teoría de KAUFMANN es una teoría relativa de la pena y ya no una absoluta.

Si se renuncia a la doble faceta del principio de culpabilidad, de tal manera que, entonces, la culpabilidad ya no exige necesariamente una correspondiente pena, esto tiene la consecuencia de que también están permitidas las penas por debajo de la culpabilidad o las demás sanciones leves. También KAUFMANN opina sobre esto de la siguiente manera⁽²⁶⁾: “Visto desde la culpabilidad, no puede ser necesaria una pena que vaya más allá de lo que es necesario para el castigo y la expiación”. Se refiere expresamente a Brauneck⁽²⁷⁾: “Lo que ‘merece’ el autor por su culpabilidad en el hecho, no puede ser de ninguna manera determinado sin considerar aquello que ‘necesita’”⁽²⁸⁾. Luego, la pena debe ser medida siguiendo necesidades de prevención especial y puede, en cualquier caso, quedar por debajo de la medida de una pena retributiva en cuanto esto sea deseable según la prevención especial.

Así como es infinitamente saludable desprenderse de la retribución como principio para la medición de la pena, así también me parece atacable la fundamentación de KAUFMANN. Veo en ella un doble peligro, pues si la culpabilidad solamente exigiera tanta pena como “sea necesaria para el castigo y la expiación”, esto puede entenderse como que por lo general ya no es apropiada una pena tan pronto como el autor “asume autorresponsablemente” su culpabilidad y la “expía” de esa manera. Pero esto no sería aceptable, porque el reconocimiento de culpa, el arrepentimiento y la voluntad de mejorar no significan aún en absoluto una (re-)socialización

(26) Igual que en nota 2, a, “Das Schuldprinzip”, 2^{da.} ed., p. 275. Casi textualmente también en LH a Wasserman (igual que en nota 2, c.), p. 895, y en *Jura* 1986 (igual que en nota 2, d), p. 229.

(27) Igual que nota 2, a, “Das Schuldprinzip”, 2^{da.} ed., p. 275.

(28) MSchrKrim 1958, p. 143.

dado el caso de personas inescrupulosas, tal como los delincuentes lo son frecuentemente. Además, las exigencias mínimas de prevención general tampoco pueden ser dejadas totalmente de lado en caso de autores “dispuestos al castigo”. Luego, por motivos preventivos, a menudo tendría que irse más allá de tal “pena de culpabilidad”, la cual perdería con ello su fuerza limitadora de la intervención. Por cierto que resulta más probable que KAUFMANN quiera decir que la culpabilidad justificaría la pena que el autor “necesita” para una verdadera resocialización. Pero también en caso de tal equiparación de la pena de culpabilidad con la pena necesaria para la resocialización, el principio de culpabilidad perdería la función limitadora de intervenciones preventivo-especiales y, con ello, una parte esencial de su efecto protector propio de un Estado de Derecho.

El motivo para estos desacuerdos me parece que radica en que KAUFMANN no considera a la culpabilidad solamente ni tampoco siquiera en primera línea como medio para limitar la pena, sino también quiere deducir de ella el contenido de la pena. Esto es posible y necesario desde la base del Derecho penal retributivo clásico, pero apenas puede ser compatible con una teoría preventiva. Sin importar esto, puedo, no obstante, comprobar que existe coincidencia con KAUFMANN en el punto decisivo de que la pena, en todo caso, no tiene que determinarse necesariamente según la medida de la retribución compensadora de la culpabilidad, sino que puede ser atenuada según necesidades de prevención especial. Cuando KAUFMANN dice⁽²⁹⁾: “Por ello debería renunciarse a la pena privativa de libertad en la medida de lo posible a favor de aquellas penas que prometen mayor éxito resocializador”, esto merece aplauso sin discusiones.

6. Finalmente, también la idea desarrollada por mí sobre la limitación recíproca entre la culpabilidad y la prevención encuentra varios puntos de apoyo en la nueva concepción de KAUFMANN. Pese a la dificultad anteriormente expuesta (punto 5), en la delimitación de la medida penal de la culpabilidad y de la resocialización, KAUFMANN quiere utilizar la culpabilidad para limitar el poder estatal de intervención⁽³⁰⁾: “La culpabilidad

(29) Igual que nota 2, d, *Jura* 1986, p. 231.

(30) Igual que nota 2, d, *Jura* 1986, p. 232.

tiene que limitar la medida de la pena...Es una debilidad incurable de un Derecho penal no orientado en la idea de culpabilidad, que no pueda proporcionar ningún principio de medida para la pena...". Él pretende extraer este principio de medida correspondiente a la culpabilidad "de la jurisprudencia de los tribunales penales comunicada recíprocamente". A través de ello se podrían reconocer "límites superiores suficientemente claros...que de ninguna manera deben ser transgredidos". Pero, dado que KAUFMANN, en lo demás, pretende medir la pena según principios preventivos y quedarse por ello debajo del nivel superior, también en él se encuentra la doble limitación de la pena preventiva a través de la medida de la culpabilidad y de la pena de culpabilidad mediante lo preventivamente necesario y preceptuado en lo objetivo, por cierto, sin que ello sea expresamente destacado.

IV

Resulta entonces que, si bien entre la teoría de la culpabilidad y de la pena de KAUFMANN y mi propia concepción existen algunas diferencias de fundamentación, las cuales han llevado con razón a controversias teóricas, no obstante, en las cuestiones centrales y sobre todo en los resultados prácticos existe amplia coincidencia: ambos defendemos un –como quisiera llamarlo– Derecho penal preventivo de la culpabilidad, el cual ha abjurado de la retribución, configurando el contenido de la pena de manera preventiva (sobre todo de manera resocializadora) y limitándola mediante el principio de culpabilidad en cuanto a su motivo y a su magnitud. Además se podrá decir que el cambio que ha experimentado la comprensión del principio de culpabilidad de KAUFMANN con el correr de las décadas –sobre todo la transición de la doble faceta hacia la unilateralidad del principio de culpabilidad– se corresponde con un desarrollo del clásico y retributivo del Derecho penal de la culpabilidad hacia uno moderno y preventivo, tal como se puede observar de manera general.

No obstante, una y otra vez aparecen autores que quieren derogar totalmente el principio de culpabilidad. Quiera una breve confrontación con los dos intentos más recientes de este tipo mostrar si un Derecho penal de la culpabilidad, tal como aquí he esbozado, puede resistir a la crítica.

V

Uwe SCHEFFLER, en su “Kriminologische Kritik des Schuldstrafrechts” (1985)⁽³¹⁾ y en su “Grundlegung eines kriminologisch orientierten Strafrechtssystems” (1987)⁽³²⁾ reprocha todo tipo de Derecho penal de la culpabilidad, desde el punto de partida de la Criminología.

1. El sistema de Derecho penal tendría “con el principio de culpabilidad su fundamento en un paradigma que aún hoy en día (...) regula (...) el proceso de punición (...) según el postulado del indeterminismo proveniente de la filosofía idealista y según el principio de retribución”⁽³³⁾. Este paradigma impediría el aprovechamiento de descubrimientos criminológicos, especialmente de aquellos de la etiología, de la psiquiatría forense, de la investigación penal, del Derecho sancionador y penitenciario.

Esta crítica alcanza ciertamente al Derecho penal clásico de la retribución que el autor toma aquí por base. Una pena que solamente retribuyera en aras de una idea no puede tomar en consideración a lo empírico; los conocimientos criminológicos tienen que quedar fuera de consideración al escogerse y medirse la sanción, así como al configurarse la ejecución de la pena. Por cierto que este descubrimiento no es nuevo; precisamente él ha contribuido esencialmente a que en la más moderna versión del Derecho penal de la culpabilidad se renuncie al “idealismo”, al “indeterminismo” y a la “retribución”. Un Derecho penal de la culpabilidad, tal como SCHEFFLER toma como base para el resumen de su “Kriminologische Kritik”, apenas si es todavía defendido por alguien, de manera que sería interesante saber cómo SCHEFFLER hace frente a las nuevas formas de un Derecho penal de la culpabilidad.

2. En el segundo tomo de su “Grundlegung” opina sobre mi teoría –para poner solamente a ella como ejemplo⁽³⁴⁾– que resultaría “completamente inútil” para un sistema de Derecho penal orientado criminoló-

(31) Recensión de MÜLLER-DIETZ, *GA* 1986, p. 189 y ss.

(32) Recensión de KUNZ, *GA* 1988, p. 430 y ss.

(33) “Kritik”, p. 192.

(34) SCHEFFLER critica con las mismas palabras la concepción de MAIHOFER, muy parecida a la mía, y repueba sobre todo la concepción de la culpabilidad de JAKOBS que aquí no va a discutirse.

gicamente⁽³⁵⁾. Él habría tratado de probar esto en su “Kriminologische Kritik”. Pero si se hojea allí⁽³⁶⁾ se encontrará que él admite que según mi concepción “los conocimientos criminológicos, en la medida en que estos atañen a la prevención especial, también [podrían ser] considerados fuera de la simple compensación de la culpabilidad”, aun cuando solo hasta el límite de la medida de la culpabilidad. Pero él observa una insuficiencia: “Si un autor es encontrado culpable según los criterios de ROXIN, entonces se cierra el camino hacia la imposición de medidas en vez de penas. En estos casos, los puntos de vista preventivos pueden ser determinantes, además de para la fijación de la magnitud de la pena, solo para determinar las consecuencias jurídicas según los arts. 47 y ss.” (¡lo cual ya es bastante!). “Aún subsistiría la divergencia entre el juicio de culpabilidad, que contempla al autor como capaz de responsabilidad, y los esfuerzos por influir terapéuticamente en el autor”.

SCHEFFLER pretende, entonces, prescindir completamente del criterio de la imputabilidad y centrarse en un “principio objetivo del ser responsable”⁽³⁷⁾, según el cual cualquier infracción de la ley provoca “medidas de seguridad”. Obviamente él opina que de esta manera pueden incluirse más conocimientos criminológicos durante la imposición de sanciones. Pero –prescindiendo por ahora del problema del límite máximo de la sanción– esto no es cierto. Pues si bien los conocimientos criminológicos pueden ser introducidos en el sistema de consecuencias jurídicas solo a través de sanciones orientadas preventivamente, sin embargo, si se sigue la concepción aquí defendida, la pena está tan orientada a la prevención como las medidas de seguridad. SCHEFFLER mismo enfatiza que en la “fijación del máximo de pena” y en la “determinación de las consecuencias jurídicas” serán determinantes los puntos de vista preventivos, incluso para un Derecho penal de la culpabilidad del tipo aquí defendido.

Así, su crítica se reduce a la “divergencia” afirmada por él entre el “juicio de la culpabilidad” y los “esfuerzos por influir terapéuticamente en

(35) “Grundlegung”, p. 105.

(36) “Kriminologische Kritik”, p. 135.

(37) “Grundlegung”, p. 138.

el autor". Pero aquí él se equivoca completamente. Si, como SCHEFFLER evidentemente quiere, se hace depender la influencia terapéutica de que el autor sea tratado como incapaz de responsabilidad, en los autores motivables normativamente se deja pasar la única oportunidad real de terapia social resocializadora: a saber, acceder al condenado, a quien se quiere educar para una vida sin hechos punibles, como a una persona responsable y trabajar cooperando con él en la superación de sus déficits de socialización. Desde puntos de vista criminológicos y preventivo-especiales, que tanto le importan a SCHEFFLER, es precisamente necesario conservar una categoría de la imputabilidad (y con ello de la culpabilidad), porque no se debe tratar igual que a enfermos mentales a personas normativamente asequibles, si se les quiere integrar socialmente.

Precisamente el Derecho penal de la resocialización en Norteamérica y Escandinavia ha caído en descrédito porque allí se tendía a tratar al autor como a una persona incapaz y a someterla a una terapia obligatoria que, con razón, fue criticada como infamante y antiliberal⁽³⁸⁾. La justificada oposición contra un Derecho penal de tratamiento como el de este tipo ha promovido en estos países la tendencia –equivocada, por cierto– a regresar a un Derecho penal retribucionista “neoclásico”. Ya en 1966, el proyecto alternativo⁽³⁹⁾ había destacado que en la ejecución penal tendría que “accederse (al condenado) tomando en cuenta su autorresponsabilidad”, y Arthur KAUFMANN, tal como ya se expuso, ha destacado siempre con mucho énfasis la relación existente entre la resocialización y la responsabilidad. Con ello, él ya se había adelantado a los críticos del Derecho penal de la culpabilidad en cuanto a un entendimiento decisivo.

3. Para la medición de la pena SCHEFFLER quiere centrarse en la proporcionalidad en lugar de en el límite máximo de la culpabilidad⁽⁴⁰⁾. Él defiende y modifica la posición de ELLSCHEID/HASSEMER⁽⁴¹⁾, que

(38) Comp. sobre este desarrollo, con detalladas referencias, ROXIN, “Zur neueren Entwicklung der Kriminalpolitik”, LH a Gagnér, 1991, p. 341 y ss. (345 y ss.).

(39) “Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil”, 1966, 2^{da}. ed., 1969, art. 37, segundo párrafo, primera oración.

(40) “Grundlegung”, p. 79 y ss.

(41) “Strafe ohne Vorwurf”, en Civitas IX (1979), p. 27 y ss.

Arthur KAUFMANN ha criticado repetida y, según mi parecer, convincentemente⁽⁴²⁾. Para la medición de la sanción, SCHEFFLER quiere partir “de los tres principios de idoneidad, exigibilidad y razonabilidad”⁽⁴³⁾. En esto la razonabilidad asume la verdadera tarea delimitadora: “Una sanción es en todo caso irrazonablemente elevada cuando sobrepasa la necesidad preventivo-general y con ello la necesidad de pena de la población, aun cuando todavía pueda ser idónea y exigible”⁽⁴⁴⁾. Para ello rechaza la prevención general negativa por ser “completamente inútil(...) para un sistema de Derecho penal orientado criminológicamente”⁽⁴⁵⁾ y toma partido por la prevención integracionista.

¿Pero qué significa esto? Cuando empleé, seguramente por primera vez en la discusión científica⁽⁴⁶⁾, el concepto de “prevención integradora”, que ahora está en boca de todos, he destacado expresamente la “congruencia” de la pena por culpabilidad “con las exigencias de una prevención integradora motivada político-criminalmente”, y he enfatizado: “Conservar el principio de culpabilidad significa una decisión de principio para la prevención integradora y solo tolera una prevención intimidante dentro de sus fronteras”⁽⁴⁷⁾. Por sus resultados, SCHEFFLER desemboca exactamente en esta solución: “Fundamentalmente sería razonable cualquier sanción que –en tanto idónea y exigible– se corresponda con la necesidad de pena de la sociedad, necesidad entendida como preventiva e integracionista”⁽⁴⁸⁾.

Por cierto que él quiere ir todavía más allá de esta medida en el caso particular, a saber cuando “la necesidad de pena (es mayor que) el límite de lo razonable”; en ese caso él quiere encontrar la medida sancionadora ponderando los intereses del autor y los de la sociedad. Pero esto sigue siendo vago y sacrifica

(42) De la manera más detallada en la monografía mencionada en la nota 2, b.

(43) “Grundlegung”, p. 81.

(44) “Grundlegung”, p. 90.

(45) “Grundlegung”, p. 92.

(46) SCHEFFLER mismo (“Grundlegung”, p. 92) remite a la cita bibliográfica en el LH a Bockelmann, 1979, p. 306.

(47) Las citas en: LH a Bockelmann, 1979, p. 308, 306.

(48) Sobre esto y lo que sigue: “Grundlegung”, p. 139.

eventualmente la libertad individual frente a una “necesidad de pena” social que yo tampoco considero que sea legítimamente politicocriminalmente, y cuya indeterminación supera considerablemente la del principio de culpabilidad.

Además, es de observar que al considerar la prevención general en la medición de la pena, la diferencia entre la capacidad de culpabilidad y la incapacidad de culpabilidad, que aparentemente había sido eliminada, vuelve a ser introducida. Y es que SCHEFFLER no querrá seguramente considerar aspectos de prevención general en la duración de las medidas de seguridad a imponerse contra enfermos mentales (!?)

4. SCHEFFLER se pronuncia además a favor de la reparación civil como sanción penal y también quiere hacer dogmáticamente fructífera su concepción criminológica, pretendiendo, p. ej., dejar impunes las infracciones mínimas en caso de imprudencia y de error de prohibición, así como tomando en cuenta en general la menor necesidad de pena⁽⁴⁹⁾. Todos estos son objetivos dignos de ser bien recibidos, pero pueden ser fundamentados de igual manera con ayuda de un Derecho penal preventivo de la culpabilidad que, motivado desde la política criminal, permita situarse por debajo de la culpabilidad. Así, desde hace tiempo he presentado propuestas correspondientes para la imprudencia y el error de prohibición, a las cuales también SCHEFFLER se refiere; y la idea de configurar la reparación civil como una tercera vía en nuestro Derecho de sanciones, ha sido trabajada de una manera muy rigurosa en el “Proyecto alternativo de la reparación civil” (1992), elaborado conjuntamente por mí. En todo caso tampoco puede verse en tal medida cómo es que una renuncia al Derecho penal de la culpabilidad debería llevar más lejos que la concepción de un Derecho penal preventivo de la culpabilidad.

5. Finalmente se plantea la cuestión de cómo quiere uno arreglárselas sin el efecto limitador de pena del principio de culpabilidad en la fundamentación de la pena. Con razón ha destacado Arthur KAUFMANN⁽⁵⁰⁾ que el principio de proporcionalidad puede en todo caso asumir la función del

(49) “Grundlegung”, p. 110 y ss.

(50) Igual que en nota 2, b, en “Strafrecht zwischen Gestern und Morgen”, p. 73 y ss.

principio de culpabilidad en la limitación del máximo de sanción (y, tal como hemos visto, esto solamente es así si se lo interpretase, en lo esencial, de una manera correspondiente con el principio de culpabilidad). Pero, ¿cómo debe excluirse la responsabilidad por el resultado, la casualidad, de la imputación penal, si ya no importa más la culpabilidad? ¿Cómo debe excluirse la responsabilidad por un *versari in re illicita* (responsabilidad que puede justificarse plenamente bajo puntos de vista preventivos) si no es con ayuda del principio de culpabilidad? ¿Cómo debe fundamentarse el principio de coincidencia, es decir, la exigencia de que el ser culpable del autor tenga que darse en el momento del hecho (comp. art. 20 StGB) y no deba derivarse de hechos previos, a diferencia del principio de culpabilidad fundamentado en la función de Estado de Derecho?

De este catálogo de cuestiones (que no se agotan) SCHEFFLER trata solamente el problema de la casualidad y opina algo “vacilante”⁽⁵¹⁾ que la teoría de la imputación objetiva podría “allanar (...) el peligro de una responsabilidad penal por el resultado”. Ciertamente esto es verdadero, pero así no se dice que la tarea de la imputación es precisamente separar los resultados por los cuales la persona es responsable, de aquellos que ésta no puede evitar. Entonces, la teoría de la imputación objetiva constituye una de las expresiones más importantes del principio de culpabilidad, y quien la reconoce está aceptando objetivamente este principio.

6. Luego, se ve que la crítica criminológica de SCHEFFLER al Derecho penal de la culpabilidad lleva, en lo esencial, a los mismos resultados que un Derecho penal preventivo de la culpabilidad. Además, precisamente bajo aspectos criminológicos, orientados en el autor, no merecen aprobación las desviaciones, cuyo alcance no se puede avisorar claramente (comp. así V, 2 y 3). Pero en suma la concepción de SCHEFFLER, que irrumpe de manera tan radical, se mantiene en el marco de una teoría preventiva de la pena, limitada por el principio de culpabilidad, que puede acoger perfectamente los conocimientos criminológicos en la medida en que esto también sea permitido por el espacio de libertad que le corresponde a un autor penal. En cualquier caso, no se puede hablar de un cambio de paradigma.

(51) “Grundlegung”, p. 77.

VI

BAURMANN⁽⁵²⁾, en el curso de sus esfuerzos por reemplazar el Derecho penal de la culpabilidad mediante un “Derecho de medidas de seguridad referidas al hecho”, no invoca a la Criminología, sino a la “indeterminación semántica del concepto de culpabilidad”⁽⁵³⁾. Ahora bien, es cierto que los principios más elevados del Derecho, debido a su necesaria abstracción para contenidos de diversa naturaleza, son abiertos y necesitan una concreción jurídica. Esto rige para la culpabilidad de manera exactamente igual que para la “libertad”, “la dignidad humana” o la “igualdad”. Así pues, también ha sido mi intención descargar al concepto de culpabilidad de sus variados elementos filosóficos y teológicos, indeterminados y ambiguos en su marco global, a fin de darle utilidad penal, así como un contenido jurídicamente claro, delimitador de la intervención (comp. II). BAURMANN mismo considera posible un sistema penal de la culpabilidad bajo el presupuesto de “una fijación autónoma que dé a un concepto de la culpabilidad, neutral para la política jurídica, indiferenciado y semánticamente indeterminado, un contenido capaz de ser interpretado y de ser jurídicamente relevante”.

Pero finalmente BAURMANN quiere renunciar completamente al concepto de culpabilidad, aunque conservando de todas maneras su función protectora⁽⁵⁴⁾: “Esta función protectora puede, por el contrario, ser cumplida efectivamente por los criterios de la ‘dañosidad social’ y de la ‘motivabilidad’ en el marco de un Derecho de las medidas [de seguridad] referidas al hecho; estos criterios no están vinculados a conceptos metafísicos y semánticamente vacíos de contenido, y por ello son idóneos para el trabajo y la concreción dogmática”. Según esto, el máximo de pena debe ser determinado por la proporcionalidad, la que por su parte se guía en la medida de la dañosidad social, mientras que la capacidad de culpabilidad es reemplazada por el criterio de la motivabilidad (en el sentido de una asequibilidad normativa).

(52) “Zweckrationalität und Strafrecht”, 1987. Ya antes el mismo autor: “Schuldlose Dogmatik?”, en: LÜDERSSEN/Sack, “Abweichendes Verhalten”, t. IV, 1980, pp. 196-265; “Folgenorientierung und subjektive Verantwortlichkeit”, 1981.

(53) “Zweckrationalität”, p. 261 y ss.

(54) “Zweckrationalität”, p. 306.

Pero con ello, la desviación frente a la teoría aquí defendida resulta ser meramente terminológica. Pues, los partidarios del principio de culpabilidad no discuten el que la medida de la culpabilidad sea determinada en lo esencial por la magnitud del injusto (es decir, la medida de la dañosidad social). Cuando BAURMANN continúa esforzándose en probar⁽⁵⁵⁾ que el hecho doloso sería, debido a su mayor “intensidad amenazadora”, más dañoso socialmente que el hecho imprudente, mientras que autor atenuadamente imputable, en realidad, sería socialmente dañino de manera atenuada, ciertamente se puede discutir mucho sobre esas suposiciones; la identidad de los resultados con aquellos otros deducidos del principio de culpabilidad no se discute. El concepto de dañosidad social es, para emplear el propio argumento de BAURMANN, tan indeterminado semánticamente que puede ser interpretado también en el sentido del principio de culpabilidad. ¿Pero, qué es lo que se ganaría con este cambio de nombre, por lo demás dificultoso y no del todo convincente?

Algo parecido sucede con el reemplazo de la capacidad de culpabilidad mediante la “motivabilidad”. Ante la objeción de que eventualmente podría motivarse también a enfermos mentales y niños, BAURMANN responde⁽⁵⁶⁾ que tendría que cumplirse con el presupuesto de “que la persona en cuestión sea motivable en el marco de las relaciones interpersonales”. Pero estas “relaciones interpersonales” pueden ser entendidas solo en el sentido de una aprobación recíproca de libertad y responsabilidad y, por ello, solamente constituyen una reescritura de la capacidad de culpabilidad. Y cuando BAURMANN⁽⁵⁷⁾, en los casos del art. 21 [culpabilidad atenuada] StGB, indica como causa de atenuación de la pena que el autor sería motivado por factores “que, por lo menos parcialmente, no son imputables a él y que por tanto no puede ser hecho responsable por ellos”, entonces es difícil entender que con estas palabras no se debe describir una culpabilidad atenuada, sino una dañosidad social atenuada.

(55) “Zweckrationalität”, pp. 278-280 y 295.

(56) “Zweckrationalität”, p. 296.

(57) “Zweckrationalität”, p. 290.

En su más reciente publicación sobre el tema⁽⁵⁸⁾, BAURMANN retorna, conservando también el contenido de su concepción, a la utilización del principio de culpabilidad. Puede quedar pendiente de respuesta el que esto ocurra por motivos didácticos o porque el autor considera terminológicamente preferible invocar al principio de culpabilidad. En todo caso se nota que la concepción de BAURMANN, en lo objetivo, no discrepa en ningún punto esencial con la concepción aquí defendida⁽⁵⁹⁾. Este autor defiende un Derecho penal preventivo, fundamentado agudamente, libre de retribución y racional, que preserva todos los límites de intervención del principio de culpabilidad.

VII

Y con ello llego al resumen: la larga y enconada disputa entre los partidarios y contrarios de un Derecho penal de la culpabilidad puede ser dejada de lado a través de un acuerdo resumido en un Derecho penal preventivo de la culpabilidad. Tal derecho pena por motivos exclusivamente preventivos, renuncia a la retribución, también deja realmente sin respuesta la pregunta incontestable de la realidad empírica de la libertad de voluntad, permite que por motivos preventivo-especiales la pena quede por debajo de la culpabilidad hasta los límites de las necesidades preventivo-generales mínimas, pero preserva en toda su magnitud las funciones limitadoras de la pena del principio de culpabilidad. También Arthur KAUFMANN, el amigo y autor de monografías sobre el principio de culpabilidad, a quien se dedica este trabajo deseándole afectuosos saludos por su 70mo cumpleaños, puede ser tomado en cuenta para las tesis centrales de esta teoría. Por cierto que quedan puntos de diferencia. Y está bien que esto ocurra, pues un problema como el de la culpabilidad en el Derecho penal nunca podrá ser archivado como si estuviera resuelto definitivamente, sino que tendrá que seguir siendo meditado una y otra vez.

(58) "Strafe im Rechtsstaat", en BAURMANN/KLIEMT, "Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat"; 1990, pp. 109-159.

(59) Tal como se podría demostrar también a través de las numerosas y expresas referencias y concordancias tomadas en el libro de BAURMANN.

El estado de necesidad exculpante según el art. 35 del StGB (*)



I. UBICACIÓN SISTEMÁTICA SEGÚN EL CONTENIDO TELEOLÓGICO DE LA REGULACIÓN

El estado de necesidad del art. 35, como claramente indica su tenor (párrafo primero; primera oración: “actúa sin culpabilidad”), ha sido concebido por el legislador como causa de exclusión de la culpabilidad. Con ello, la nueva parte general sigue la teoría diferenciadora en el tratamiento de los casos de estado de necesidad, la cual comenzó a imponerse en la ciencia alemana alrededor de 1930⁽¹⁾. El estado de necesidad del art. 34 que descansa sobre una ponderación de intereses (y de manera correspondiente, los casos de estado de necesidad de los arts. 228, 904 del C. C.) justifica, mientras que la situación del art. 35 solamente exculpa.

Esta diferenciación es, en principio, digna de aplauso, pues mientras que en el estado de necesidad justificante el actor ayuda a que se imponga un interés claramente preponderante, siendo valorada su intervención como socialmente provechosa y legal, la situación en el art. 35 es totalmente distinta. Esta disposición presupone que la cuestión jerárquicamente su-

(*) Artículo publicado en dos partes en el *JA* 1990, pp. 97-103 y 137-143, con el título: “Der entschuldigende Notstand nach § 35 StGB”.

(1) Más detalles sobre la teoría diferenciadora en KÜPER, “Grundsatzfragen der ‘Differenzierung’ zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung”, *JuS* 1987, p. 81 y ss.

perior de la justificación de la conducta del autor tiene la función de negar expresamente que el proceder del autor pueda ser reprochado y declarado socialmente dañino⁽²⁾. Así, quien solo se puede salvar de un grave peligro contra su integridad matando a un tercero, hace algo que no debe ocurrir según los parámetros del ordenamiento jurídico. Entonces, cuando a pesar de ello el art. 35 libera de pena al autor, esto no se basa en la falta de desaprobación del hecho por el ordenamiento jurídico, sino en que su conducta no es juzgada como necesitada de pena pese a la desaprobación legal.

La diferencia objetiva expuesta también sostiene las consecuencias jurídicas divergentes, las que se vinculan con el ordenamiento sistemático. Mientras que en el estado de necesidad justificante no está permitida una legítima defensa, la participación está amparada por una justificación y el error sobre presupuestos objetivos posibilita a lo sumo una punición por culpa, contra la práctica de un estado de necesidad meramente exculpante existe un derecho de legítima defensa, un error sobre los presupuestos objetivos del art. 35 deja vigente el dolo (infra VII) y es punible la participación en el hecho de estado de necesidad (infra VIII)⁽³⁾.

Sin embargo, el uso idiomático de la ley es inexacto en la medida en que el art. 35 no excluye la culpabilidad en el sentido estricto de la palabra, sino la responsabilidad penal. Y es que el art. 35 solamente tiene importancia práctica cuando el amenazado todavía era normativamente asequible y éste pudo haber actuado de otra manera, de modo que existía una culpabilidad (aunque considerablemente disminuida); en caso contrario regiría de todos modos el art. 20 [incapacidad de culpabilidad por alteraciones psíquicas] y no se necesitaría el art. 35. El motivo de la liberación penal no radica, pues, en la falta de culpabilidad, sino en la carencia de una necesidad preventiva de punición (comp. al respecto el texto que sigue). Por ello, el término "culpabilidad" del art. 35 debe entenderse en

(2) Luego no debe dejarse sin contestar la cuestión sobre la existencia del art. 34 argumentando que, en todo caso el art. 35 intervendría. El TFA ha desconocido esto, *NJW* 1979, pp. 2053-2054.

(3) Por cierto que es discutible el carácter diferenciado de las consecuencias jurídicas; comp. infra VIII.

el sentido de que comprende toda la responsabilidad jurídico-penal en el sentido más amplio de la palabra.

Naturalmente, la teoría diferenciadora no ha podido nunca acallar plenamente a los partidarios de la concepción de que todos los casos de estado de necesidad deberían ser vistos unitariamente como causas de justificación. Todavía en la posguerra WELZEL⁽⁴⁾ había evaluado el actual art. 35 (entonces art. 54) como causa de justificación: “En los casos, en los cuales entra en colisión la propia existencia (...) con bienes jurídicos de igual o mayor jerarquía que otros (...) de la cual aquélla solo puede ser salvada a costa de estos, el acto de la autopreservación no está desaprobado”. GIMBERNAT ha provisto posteriormente en 1974⁽⁵⁾ una fundamentación dogmática para esta tesis: puesto que también en el estado de necesidad del art. 35 el autor sería todavía normativamente accesible y, como consecuencia de ello, podría en principio ser motivado por una conminación penal para que omita la intervención en bienes jurídicos ajenos, el legislador podría renunciar a este medio solamente cuando no quisiera en absoluto motivar al autor de una manera distinta. Pero esto significaría una justificación del hecho de estado de necesidad⁽⁶⁾: “El estado de necesidad es una causa de justificación porque aquí el Derecho penal no renuncia a la pena por el hecho de que ella carezca de sentido para luchar contra el hecho realizado bajo necesidad, sino porque no quiere en absoluto luchar contra tal conducta”.

Aun cuando se prescindiera de la decisión positivo-jurídica del legislador alemán para la teoría diferenciadora, esto no debe ser seguido. Sin embargo, es plenamente acertada la premisa de GIMBERNAT, de que el art. 35 no podría excluir completamente la culpabilidad en el sentido de capacidad para conducirse conforme a la norma. Pero este autor pasa por alto⁽⁷⁾ que la renuncia penal en tal caso no tiene que basarse necesariamente en una

(4) “Das deutsche Strafrecht”, 1^{ra} ed., 1947, p. 49 y ss., 2^{da} ed., 1949, p. 50 y ss.; por sus resultados igualmente MAIHOFER, “Der Unrechtsvorwurf”, LH a Rittler, 1957, p. 162.

(5) El estado de necesidad: un problema de antijuricidad, LH a Welzel, 1974, p. 485 y ss.

(6) Como en la nota 5, p. 496.

(7) KÜPER proporciona una detallada discusión crítica con GIMBERNAT, “Der entschuldigende Notstand, ein Rechtfertigungsgrund?”, JZ 1983, p. 88 y ss.

justificación, sino también puede tener sus causas en el hecho de que el legislador no considera indispensable la punición de la conducta desaprobada por él. Eso es lo que aquí ocurre: puesto que, si bien en los casos del art. 35, primer párrafo, primera oración, no es imposible un efecto motivador ni tampoco debido a las circunstancias extraordinarias debe esperarse que éste sea frecuente ante una conminación penal, dado que, además, apenas existe una necesidad preventivo-general para intimidar a otros debido a lo raro de estas situaciones, y dado que los autores de tales hechos tampoco necesitan un influjo preventivo-especial, una punición contra el infractor de la norma sería inapropiada desde el punto de vista de la Política criminal. Entonces, pese a la culpabilidad (disminuida) se practica tolerancia y se excluye la responsabilidad penal. Esto no significa una justificación, así como, p. ej., tampoco están justificados la tentativa de lesiones simples (art. 223) o los daños culposos por el hecho de que el legislador no los ha sometido a una pena.

La doctrina totalmente dominante también aprueba la decisión del legislador a favor de una causa de exclusión de la culpabilidad (en el más amplio sentido de la palabra). Por cierto que la ratio de la exculpación es discutible. La concepción antigua no atribuía de ningún modo la liberación de pena a la falta de necesidad de punición preventiva, siguiendo la opinión aquí propugnada, sino a la reducción de la capacidad para comportarse de conformidad con la norma. Se daría “una anormal afección de la libre determinación de la voluntad causada por circunstancias externas especiales”, las cuales no permitirían que aparezca exigible “una conducta ajustada a la norma considerando el instinto de conservación” (RG, s. penal, t. 66, p. 225); “una presión espiritual extraordinaria” haría que la lesión a la norma sea disculpable (RG, s. penal, t. 66, p. 398). Incluso los materiales de trabajo para un nuevo art. 35 invocan a la “sobrepresión que influye en la motivación”⁽⁸⁾.

No obstante, este punto de vista no puede explicar por sí solo la exención de pena. En primer lugar, no queda claro por qué la restricción

(8) Informe de la Comisión especial para la reforma del Derecho penal, Bundestags-Drucksache V/4095, p. 16.

de la libertad de decisión excluye la pena en vez de rebajarla solamente, tal como ocurre en las causas de disminución de la culpabilidad. En segundo lugar, esta concepción no deja entrever por qué el art. 35, primer párrafo, segunda oración, hace una serie de excepciones a la exención de pena, pese a que la presión espiritual que abrumba al autor en estos casos es la misma⁽⁹⁾. En tercer lugar, desde este punto de vista sigue siendo incomprensible por qué el art. 35, segundo párrafo exculpa el error solamente en caso de su inevitabilidad, pues la presión psíquica es la misma, dando lo mismo que la situación de necesidad realmente hubiera existido o que el autor hubiera supuesto su existencia bajo un error evitable o inevitable. También es apenas entendible psicológicamente por qué existe la limitación a los bienes jurídicos “vida, cuerpo, libertad”; una puesta en peligro de la existencia económica puede generar la misma presión espiritual, sin que pueda exculpar⁽¹⁰⁾.

Hoy en día predomina la concepción de que la liberación de pena en el caso del art. 35 se basa en una doble disminución de la culpabilidad⁽¹¹⁾. La culpabilidad del autor se vería disminuida, en primer lugar, por la presión espiritual; y, en segundo lugar, por el hecho de que el autor en estado de necesidad no lesionaría solamente un bien jurídico, sino preservaría también otro. La doble disminución llevaría a la impunidad⁽¹²⁾. Pero tampoco esta

(9) Comp. ya antes ROXIN, “Kriminalpolitik und Strafrechtssystem”, 2^{da}. ed., 1973, p. 33 y s.; el mismo autor, “‘Schuld’ und ‘Verantwortlichkeit’ als strafrechtliche Systemkategorien”, LH a Henkel, 1974, p. 182 y ss.

(10) De acuerdo con todo esto sobre todo JAKOBS, “Strafrecht AT”, 1983, cap. 20, n. marg. 1; TIMPE, “Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot”, 1983, p. 277 y ss.; el mismo autor, “Grundfälle zum entschuldigenden Notstand und zum Notwehrexzeß”, JuS 1984, p. 860.

(11) Al respecto detalladamente TIMPE, como en nota 10, “Strafmilderungen...”, p. 284 y ss.

(12) Armin KAUFMANN, “Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte”, 1959, p. 156 y ss.; RUDOLPHI, “Ist die Teilnahme an einer Notstandstat i. S. der §§ 52, 53 Abs. 3 und 54 StGB strafbar?”, ZStW, t. 78, 1966, p. 81 y ss.; el mismo autor, “Notwehrexzeß nach provoziertem Angriff”, JuS 1969, p. 462; KÜPER, “Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtenkollision und übergesetzliche Entschuldigung”, JuS 1971, p. 477. En los manuales y comentarios: WELZEL, “Das Deutsche Strafrecht”, 1969, 11a ed., p. 178 y ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, “StGB”, 23^{ava}. ed., 1988, com. previo art. 32, n. marg. 111; SK (4^{ta}. ed.)-RUDOLPHI (Nov. 1983), art. 35, n. marg. 2, 3; JESCHECK, “Lehrbuch, AT”, 4^{ta}. ed., 1988, cap. 43, III, 2, b.

doctrina es suficiente para explicar el art. 35. Ciertamente puede aclarar los casos de falta de exculpación (art. 35, primer párrafo, segunda oración) como constelación de injusto elevado por otros motivos y, por ello, merecedores de pena, mientras que el art. 35, segundo párrafo encuentra, desde esta perspectiva, encuentra su explicación en que en los casos de error no se preserva ningún bien jurídico. Pero entonces es incoherente que, según el art. 35, primer párrafo, primera oración, también se exculpe el intento frustrado de rescate, en el cual tampoco se produce el valor del resultado.

Debe dudarse por completo de si la disminución de injusto sea un punto de vista central para la exención de pena según el art. 35. Pues la cantidad del injusto realizado no depende solamente de qué es lo que el autor preserva, sino de cuán grande es el adicional de bienes jurídicos que lesiona⁽¹³⁾. Quien expone a la muerte a numerosas personas para salvar su vida, es siempre punible, pese a que el injusto que queda después de descontar el “valor de resultado” y la culpa que le corresponde alcanzan un quantum mucho mayor que el de un homicidio común y corriente. También la circunstancia de que la mera disminución de injusto no sea considerada para nada en el StGB, habla en contra de la suposición de que la liberación de pena del art. 35 es deducida por el legislador en una mitad a partir de la disminución de injusto: quien salva a una persona cercana a costa de otro, permanece plenamente punible, pese a que la disminución de injusto, si tuviera efectos de exculpación, haría esperar por lo menos una causa de atenuación de la culpabilidad⁽¹⁴⁾.

La fundamentación aquí propugnada de la exclusión de responsabilidad, a partir de la teoría de los fines de la pena, evita las fricciones de las otras teorías. Ella puede deducir sin problemas de la falta de una necesidad penal preventivo general o especial, la exclusión de pena según el art. 35, primer párrafo, primera oración, mientras que los casos restantes de punibilidad (art. 35, primer párrafo, segunda oración; art. 35, segundo párrafo; limitación a la vida, el cuerpo y la libertad) están condicionados por necesidades de prevención general: el deber del Estado de proteger

(13) Acertadamente, JAKOBS, “Strafrecht, AT”, 1983, cap. 30, n. marg. 3.

(14) JAKOBS, “Strafrecht, AT”, 1983, cap. 20, n. marg. 3.

bienes jurídicos no permite que las personas encargadas de conjurar peligros puedan evadir impunemente sus deberes (art. 35, primer párrafo, segunda oración); el mantenimiento del ordenamiento pacífico prohíbe que también puedan invocar, así como así el art. 35, aquellas personas culpables por sí mismas de un peligro (art. 35, primer párrafo, segunda oración) o que erróneamente supongan su existencia (art. 35, segundo párrafo). El que el peligro de pérdidas económicas no pueda tener efecto liberador de pena se explica por el hecho de que, en caso contrario, la autoayuda podría desplazar al desarrollo jurídico ordenado y conducir a la sociedad al caos.

También JAKOBS⁽¹⁵⁾ y su discípulo Timpe⁽¹⁶⁾ recurren a la teoría de los fines de la pena para explicar la exclusión de responsabilidad, puntualizando que ellos, en correspondencia con el concepto funcional de culpabilidad de JAKOBS, explican la regulación del art. 35 solo a partir de la falta o existencia de necesidades preventivo-generales, y reprueban la falta de una necesidad de influjo preventivo-especial como fundamento para la liberación de pena. Timpe⁽¹⁷⁾ opina que también quien necesita de resocialización disfrutaría de la exculpación cuando actuara con motivo del art. 35, así como al revés es penado en los casos del art. 35, primer párrafo, segunda oración, pese a la falta de una necesidad de resocialización. Pero estos argumentos entienden mal la teoría de los fines de la pena: cuando alguien actúa en la situación del art. 35, su hecho no evidencia ninguna necesidad de resocialización; así, una tendencia delictual existente, independiente de esto, por sí sola es tan poco capaz de legitimar una necesidad de punición como tampoco una peligrosidad de quien todavía no se ha hecho punible. Y ciertamente las excepciones al principio del art. 35, primer párrafo, primera oración, no pueden explicarse como preventivo-especiales, sino como preponderantemente preventivo-generales. No obstante, esto se corresponde solamente con el principio general de los fines de la pena, en cuanto a que en caso de existir culpabilidad, eventualmente solo necesidades de prevención general pueden hacer necesaria una punición. Pero nada de esto cambia el hecho

(15) "Strafrecht, AT", 1983, cap. 20, n. marg. 4.

(16) Igual que en la nota 10, "Strafmilderungen", p. 296 y ss.; "Grundfälle", 1984, p. 862 y ss.

(17) Igual que en la nota 10, "Strafmilderungen", p. 296 y ss.; "Grundfälle", 1984, p. 862.

de que el autor del art. 35 tenga que ser juzgado como una persona fiel al Derecho en circunstancias normales, que no necesita influjos preventivo-especiales y que, por ello, puede quedar exenta de pena en la medida en que esto sea tolerable por la prevención general.

II. EL PELIGRO ACTUAL, NO CONJURABLE DE OTRO MODO

El legislador vincula la exclusión de responsabilidad a un “peligro actual, no conjurable de otro modo”. Este mismo presupuesto también lo tiene el estado de necesidad justificante del art. 34. Dado que no existen motivos para una interpretación diferenciadora, estos conceptos no pueden ser interpretados de la misma manera para ambos preceptos. En especial tampoco se necesitará que el grado del peligro amenazante, es decir, la probabilidad de que se produzca una lesión al cuerpo, la vida o la libertad, sea mayor que en caso del art. 34. Cuando, p. ej., solo se puede temer un resultado mortal con un 10 % de probabilidad, no hay, sin embargo, un peligro para la vida en el sentido del art. 35; el que sea impune cuando se mata a un tercero para evitar este peligro, no es una cuestión del peligro para la vida, sino de la exigibilidad según el art. 35, primer párrafo, segunda oración. Por el contrario, ya la presencia de un “peligro” presupone que es de esperar una cierta intensidad de la afcción al bien jurídico; una amenazante lesión corporal o privación de la libertad mínimas (sin importar la probabilidad) no pueden de ninguna manera constituir todavía un “peligro para la vida” o un “peligro para la libertad” en el sentido del art. 35, primer párrafo, primera oración. Ambos puntos de vista no han sido hasta ahora suficientemente separados ni por la jurisprudencia ni por la literatura. Es indiferente si el peligro proviene de personas, fuerzas naturales o cosas. El nuevo art. 35 no ha recepcionado la regulación del StGB de 5, 1871, el cual en el art. 52 oponía el estado de necesidad coercitivo proveniente de personas a los demás casos de estado de necesidad del art. 54, sino ha resumido todas las fuentes de peligro en un precepto. En la práctica, los peligros provenientes de personas son la mayoría. Los hay desde el homicidio de un tercero obligado por amenazas de asesinato (RG, s. penal, t. 64, p. 30), pasando por la causación de

una falsa declaración en juicio mediante una amenaza de muerte (BGH, s. penal, t. 5, p. 371 y ss.) o un grave maltrato (RG, s. penal, t. 66, p. 98 y ss.) y la falsa declaración por temor a la venganza de opositores políticos (RG, s. penal, t. 66, p. 222 y ss.) hasta la muerte del tirano de la familia que continuamente infería graves maltratos a sus parientes (RG, s. penal, t. 60, p. 318; BGH, NJW 1966, 1823; NStZ 1984, 21). Pero también peligros para las cosas (RG, s. penal, t. 59, p. 69 y ss.: la amenaza de derrumbe de una casa en estado de demolición) o las fuerzas naturales (RG, JW 1933, 700: la inundación; RG, s. penal, t. 72, p. 246 y ss.: explosión de grisú en una mina) podrían convertirse en motivo de hechos antijurídicos y excluir la responsabilidad penal.

Precisamente en el estado de necesidad excluyente de responsabilidad le corresponde una importancia especial al hecho de que la actualidad del peligro comprende períodos de tiempo considerablemente mayores que la actualidad del ataque en el art. 32. Esto rige sobre todo para los así llamados peligros duraderos, en los cuales un estado de peligro amenazante se puede transformar en cualquier momento en un daño, sin que pueda decirse exactamente cuando ocurrirá esto. Tal peligro duradero puede ser un peligro amenazante que proviene de cosas como la casa en estado ruinoso, la cual puede derrumbarse en cualquier momento o incluso recién meses después (RG, s. penal, t. 59, p. 69 y ss.); pero también constituye un peligro duradero el tirano de la familia, quien de momento está tranquilo, pero que en cualquier momento puede pasar a cometer nuevos maltratos (RG, s. penal, t. 60, p. 318 y ss.; BGH, NJW 1966, 1823; NStZ 1984, 21), el coaccionante que amenaza al testigo con un peligro para su vida y su cuerpo en caso de que declare de conformidad con la verdad, pero de quien no se sabe exactamente cuándo hará efectiva la amenaza (RG, s. penal, t. 66, p. 98 y ss.; BGH, s. penal, t. 5, p. 371 y ss.) y el intruso que invade y siempre regresa al domicilio ajeno, pero cuya aparición nocturna no puede ser determinada con seguridad (BGH, NJW 1979, 2053). Igualmente, un peligro puede ser actual cuando, si bien su realización todavía va a tardar, tiene que intervenir en el momento actual si no se quiere que sea demasiado tarde para una defensa; este grupo de casos se superpone frecuentemente con aquellos del peligro duradero.

Una exclusión de responsabilidad no entra en consideración cuando el peligro era evitable de otra manera⁽¹⁸⁾. Esto ocurre primero cuando existía una posibilidad de eliminar el peligro de una manera conforme a la ley. Quien, mediante una queja o apelando ante el encargado del servicio, puede escapar de un peligro no permitido para su integridad corporal en el Ejército, no puede invocar el art. 35 cuando, en vez de ello, comete una deserción (BayOLG, GA 1973, 208). Si alguien puede, solicitando protección judicial, escapar a las amenazas de aquel que lo quiere obligar a declarar falsamente, su responsabilidad no se encuentra excluida por el art. 35 cuando declara falsamente de todas maneras (RG, s. penal, t. 66, 98 y ss.; BGH, s. penal, t. 5, p. 371 y ss.). Tampoco cae dentro del art. 35 el homicidio del tirano de la familia, cuando los maltratos esperados hubieran podido ser evitados abandonando la casa o solicitando ayuda policial (OGH, s. penal, t. 1, p. 369 y ss.). Por cierto que no deben ser admitidas alegremente las posibilidades alternativas de evitación. Así, raramente es posible una protección efectiva fuera del Tribunal del testigo amenazado, porque no puede ser vigilado ininterrumpidamente; el recurrir a la Policía contra el padre de familia abusivo frecuentemente ha demostrado ser inefectivo (RG, s. penal, t. 60, p. 318 y ss.); y el abandono de una casa a menudo no es deseable por motivos familiares (BGH, NJW 1966, 1823; NStZ 1984, 21).

Es una cuestión de tolerabilidad (y por lo tanto, algo que juega un papel ya en el art. 35, primer párrafo, primera oración, y no recién en el art. 35, primer párrafo, segunda oración) la medida en que debe intentarse vías de escape para peligros que solo pueden ser eliminados con cierta posibilidad o parcialmente. El que es coaccionado por un poder extraño con los medios del art. 35 a privar de la libertad a otro, no es exculpado si no intenta, por lo menos, posibilitar una fuga de la víctima dando la simple apariencia de obedecer (BGH, NJW 1952, 111). Sigue siendo punible el que ejecuta ciegamente órdenes de asesinato del régimen

(18) Detalladamente al respecto, LENCKNER, "Das Merkmal der "Nicht-anders-Abwendbarkeit" der Gefahr in den §§ 34, 35 StGB", LH a Lackner, 1987, p. 95 y ss.

nazi, si no evalúa la posibilidad de evadir estas órdenes: “Mientras más grave... es el hecho punible que se quiere obtener mediante la coacción, más cuidadosa deberá ser la evaluación” (BGH, s. penal, t. 18, p. 312 y ss.). Por otro lado, el TFA no ve ninguna posibilidad alternativa de evitación para la esposa del alcohólico tirano de la familia en el divorcio o el internamiento en un sanatorio, pues no es exigible a ella “soportar el tratamiento inhumano del marido hasta que estas medidas tengan éxito” (BGH, NJW 1966, 1823, 1825).

La jurisprudencia también considera como posibilidad alternativa de evitación a la tolerancia de perjuicios jurídicos. Así, un testigo amenazado con un peligro para su vida o su cuerpo en caso de declarar la verdad, debe poder negarse al testimonio o al juramento en vez de declarar falsamente, aun cuando se exponga con ello a las sanciones del art. 70 (RG, s. penal, t. 66, pp. 222 y ss., 227). Quien recibe en el Ejército la orden antijurídica de portar un uniforme que le causa irritación a la piel y una insoportable picazón, debe soportar una sanción por desobediencia a una orden, en vez de recurrir a la desertión invocando el art. 35 (BayOLG, GA 1973, 208). Pero esto no debería ser exigible. Pues si el art. 35 quiere extraer al autor de la discriminación mediante un juicio penal de culpabilidad, también debería ahorrársele el reproche de ser un omiso culpable a declarar, prestar juramento o cumplir órdenes; y si no debiera tener ninguna sanción penal, tampoco debería exponérsele a sanciones del Derecho disciplinario y reglamentario que no son de ninguna manera leves. En caso contrario, el Estado estaría quitando con una mano gran parte de la facilidad que da con la otra.

Naturalmente, quien solo puede evitar el peligro interviniendo en los derechos de terceros debe escoger el menos lesivo entre los diferentes medios. Quien se salva a sí mismo de un peligro para su vida mediante la muerte de un tercero, sigue siendo punible cuando hubiera sido suficiente la simple lesión del otro. El causante de un accidente que es amenazado con un peligro para su cuerpo, puede salir del ámbito del peligro invocando el art. 35, pero no más de lo necesario. Si desaparece hasta no más ver, será punible según el art. 142 (BayOLG, DAR 1956, 15).

III. BIENES JURÍDICOS SUSCEPTIBLES DEL ESTADO DE NECESIDAD

Solo son susceptibles de ser cubiertos por un estado de necesidad la vida, el cuerpo y la libertad. La "libertad", al principio no privilegiada por el Derecho, ha sido añadida en 1975 en la parte general, siguiendo el modelo del Proyecto de 1962, porque este bien jurídico "goza de un rango igualmente elevado que el cuerpo o la vida"⁽¹⁹⁾. Por el contrario, se ha rechazado expresamente una extensión a otros bienes jurídicos como honor y propiedad; esta extensión "tendría como consecuencia que la no exigibilidad de la conducta conforme a la norma (...) sería reconocida en amplios ámbitos como causa de exclusión de la culpabilidad, lo cual sería apropiado para cuestionar la seriedad de la conminación penal". Esto confirma la teoría de los fines de la pena empleada con funciones explicativas: son fundamentos de prevención general los que han motivado al legislador a prescindir de una liberación de pena en caso de acciones de protección de otros bienes jurídicos.

De esto se deriva además que debe excluirse por lo menos en los delitos dolosos un empleo analógico del art. 35 para otros bienes jurídicos "ceranos a la personalidad"⁽²⁰⁾; la extensión del art. 35 al peligro para objetos irremplazables (p. ej., manuscritos de un intelectual)⁽²¹⁾ no tiene ningún asidero legal. Todo esto también sería problemático por política jurídica: quien permite la muerte bajo las llamas de un sirviente para salvar sus animales de crianza⁽²²⁾, o quien arriesga un grave envenenamiento de su esposa para preservar apuntes de Hegel sobre Filosofía del Derecho⁽²³⁾, no debe quedar libre de pena, si no se quiere relativizar de manera contradictoria con la representación valorativa de la ley la protección de la vida humana. Del mismo modo se comete fraude de ley con el art. 35 cuando se admite una disculpa supralegal para liberar de pena a los hechos puni-

(19) Sobre esto y lo que sigue: Bundestags-Drucksache IV/650, p. 161.

(20) Pero de esta manera STRATENWERTH, "Strafrecht, AT", 3^{ra} ed., 1981, n. marg. 606. La doctrina dominante sigue una concepción igual a la aquí expuesta.

(21) Pero en este sentido TIMPE, igual que nota 10, "Grundfälle", 1984, p. 863 y ss.

(22) JAKOBS, "Strafrecht, AT", 1983, cap. 20, n. marg. 9.

(23) TIMPE, como en nota 10, "Grundfälle", 1984, p. 863.

bles cometidos para evitar dificultades económicas⁽²⁴⁾. Ciertamente, de lege ferenda debería ser posible una reducción de pena en tales casos⁽²⁵⁾.

En el bien jurídico *vida* es discutible si también la vida en desarrollo puede ser privilegiada por el art. 35. En contra de la doctrina preponderante⁽²⁶⁾, esto debe ser negado⁽²⁷⁾. Dado que los bienes jurídicos “cuerpo” y “libertad” solamente pueden referirse a personas, al igual que en las demás referencias legales conjuntas a la vida y el cuerpo, también con el art. 35 solo se quiere decir la vida real y existente, a falta de puntos de referencia en contra, sobre todo porque la protección legal todavía relativamente débil de la vida en desarrollo habla en contra de una equiparación. Además, un embrión no puede ser un “pariente” o una “persona cercana” en el sentido del art. 35. Tampoco existe una necesidad político-criminal para tal extensión del art. 35, pues en caso de ataques humanos al embrión interviene la ayuda necesaria (art. 32), y en caso de cualquier otro peligro al que puede exponerse a la embarazada, ella misma puede invocar el art. 35, tal como lo puede hacer en favor de ella una persona cercana.

No hay discusión respecto a que no existe ningún peligro para el cuerpo que fundamente un estado de necesidad, cuando la afección amenazante es mínima⁽²⁸⁾. Según la jurisprudencia, son mínimos, sobre todo, los maltratos que no causan “un daño a la integridad corporal, aun cuando sea pasajero” (así al principio RG, s. penal, t. 29, p. 78 y ss. en un caso del art. 255). No es suficiente, entonces, la amenaza de simples golpes. Esto se

(24) Sin embargo, así decidió OLG Hamm, *NJW* 1976, 721.

(25) STREE, en ROXIN/STREE/ZIPF/JUNG, “Einführung in das neue Strafrecht”, 2^{da}. ed. 1975, p. 57; JAKOBS, “Strafrecht, AT”, 1983, cap. 20, n. marg. 9 considera que estas atenuaciones ya son posibles de lege lata.

(26) SCHÖNKE/SCHÖDER/LENCKNER, “StGB”, 23^{ava}. ed., 1988, art. 35, n. marg. 5; SK (4^{ta}. ed.)-RUDOLPHI (Nov. 1983), art. 35, n. marg. 5; JAKOBS, “Strafrecht, AT”, 1983, cap. 20, n. marg. 8.

(27) Convincentemente, LK (10^{ma}. ed.)-HIRSCH, art. 35, n. marg. 12.

(28) HIRSCH, LK (10^a. ed.), art. 35, n. marg. 16, pretende afirmar siempre un peligro para la integridad corporal cuando la lesión amenazante cae dentro del art. 223, neutralizando, sin embargo, tales casos con ayuda de la cláusula de tolerabilidad del art. 35, primer párrafo, segunda oración.

fundamenta con el uso idiomático, el cual no permite en tales casos hablar de un “peligro para el cuerpo y la vida” (RG, s. penal, t. 29, p. 78 y ss.) o de un “estado de necesidad (RG, s. penal, t. 66, p. 399 y ss.). El TFA ha ratificado esta jurisprudencia (ver en DAR 1981, 226). Por el contrario, se tendrá que afirmar un peligro para el cuerpo en caso de la amenaza de pérdida de un dedo o en caso de una inminente fractura de un brazo. El que esto pueda disculpar la muerte de otra persona es una cuestión de la tolerabilidad (art. 35, primer párrafo, segunda oración). Los ataques a la libertad sexual no fundamentan así como así un peligro para el cuerpo⁽²⁹⁾, sino solo en el caso de que amenacen traer consigo lesiones corporales por encima del umbral de los simples maltratos; pero estos ataques pueden ser vistos como peligro para la libertad en el sentido del art. 35 (comp. infra en la nota 35).

No constituyen ningún peligro para el cuerpo en el sentido del art. 35 los “peligros de cualquiera”⁽³⁰⁾, a los cuales está expuesta de la misma manera toda la población (o la mayoría de ella). Esto es válido para situaciones de hambruna en tiempos de guerra y posguerra al igual que para situaciones insoportables para la salud que resultan de la carencia de espacios habitables y de calefacción. Por el contrario, puede invocarse nuevamente el art. 35 cuando las molestias, en el caso individual, superan ampliamente la medida general y son inminentes daños irreparables inmediatos. Esto también lo ha reconocido la jurisprudencia: “Cuando los preceptos económicos no puedan detener el hambre en el caso concreto, no se puede punir a los consumidores que en un auténtico estado de necesidad traten de preservar su vida infringiendo las disposiciones de la Economía”⁽³¹⁾. Así también se fundamenta un estado de necesidad cuando hay carencia de espacios habitables el “caso no precisamente frecuente (...) de que la

(29) Pero en este sentido JESCHECK, “Lehrbuch” (4^{ta}. ed.), 1988, cap. 44, I, 1; JAKOBS, “Strafrecht, AT”, 1983, cap. 20, n. marg. 8; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, “StGB”, 23^a ed., 1988, art. 35, n. marg. 6.

(30) Von WEBER, “Vom Diebstahl in rechter Hungersnot”, *MDR* 1947, p. 78.

(31) OLG Kiel, *SJZ* 1947, 674 y ss., con comentarios de von WEBER, quien correctamente traza la frontera allí “donde el peligro duradero dado con la desnutrición puede convertirse en un peligro actual para el cuerpo o la vida”.

situación existente signifique casi un peligro inmediato para el cuerpo o la vida de los habitantes”⁽³²⁾.

Estos principios rigen, tal como lo muestra el párrafo anterior, también frente a disposiciones de la autoridad. No constituyen ningún estado de necesidad las situaciones insostenibles para la salud que resultan, en la medida admitida legalmente, de la regulación económica de víveres y espacios habitables, pero también de privaciones de la libertad por las autoridades (arrestos, prisión)⁽³³⁾. Pero si los efectos van más allá, puede muy bien darse un estado de necesidad⁽³⁴⁾. Así, ya el RG, s. penal, t. 41, p. 214, había considerado posible una exculpación en un caso en el que una madre había raptado a su hijo del lugar de custodia legal porque era de temer que este podría perecer o sufrir daños graves allí. Igualmente, los maltratos en un establecimiento penal fundamentan una situación de estado de necesidad (BGH, ROW 1958, 33).

El bien jurídico susceptible de estado de necesidad, la “libertad”, admitido como novedad en 1975 en la parte general designa en primera línea a la libertad espacial de movimiento en el sentido del art. 239. Además se tendrá que admitir la libertad de autodeterminación sexual en el sentido de los arts. 177 y 178⁽³⁵⁾. Esto tiene importancia autónoma cuando su amenaza ya no fundamenta un peligro para el cuerpo. La inclusión de estos casos se justifica por el hecho de que ellos, según la naturaleza y gravedad del peligro amenazante se ubican todavía más cerca del peligro para la vida y el cuerpo que la privación de libertad común. Por el contrario, no podrá verse a la libertad general de ejercicio de la voluntad como bien jurídico susceptible del estado de necesidad. Entonces, quien interviene en los bienes jurídicos de un extraño para defenderse de una coacción no está disculpado por el art. 35. Con más razón rige esto para las afecciones al

(32) OLG Neustadt, *NJW* 1951, 852.

(33) Comp. OLG Kiel, *SJZ* 1947, 647 para la regulación económica de víveres, OLG Neustadt, *NJW* 1951, 852, para la regulación económica del espacio habitable, RG, s. penal, t. 54, p. 338 y ss., p. 341 para la privación de la libertad.

(34) Ver las sentencias mencionadas en el párrafo anterior.

(35) Acertadamente, HIRSCH, *LK* (10a. ed.), art. 35, n. marg. 15.

libre desarrollo de la personalidad, las cuales ni siquiera tienen carácter de coacción. Quien ya no sale de su departamento por las noches por temor al regreso de un intruso voyeurista no está disculpado por el art. 35 (en contra del BGH NJW 1979, 2053 y s.) en caso de que deje fuera de combate al visitante inopinado mediante un disparo preventivo por considerarlo un “peligro duradero”⁽³⁶⁾. En otro caso, el círculo de los bienes jurídicos privilegiados por el art. 35 se extendería ilimitadamente en contra de la clara intención del legislador, pues la mayoría de los ataques a bienes jurídicos individuales afecta de alguna manera la libertad de acción de la víctima⁽³⁷⁾.

Correspondientemente con lo expuesto acerca del peligro para el cuerpo, las privaciones de libertad mínimas, es decir, los encierros por poco tiempo y no peligrosos, no son abarcados por el art. 35. Según esto, quien durante la visita a un castillo es encerrado de broma en la cámara del duque, no es exculpado cuando consigue una salida destrozando la valiosa puerta; más bien tiene que esperar a que el guardián del castillo lo libere en la siguiente visita guiada. Tampoco fundamenta un estado de necesidad una privación de libertad efectuada jurídicamente por la autoridad (detención, reclusión, ejecución de una pena privativa de libertad, etc.); es distinto el caso de medidas estatales arbitrarias y violentas contrarias a un estado de Derecho.

IV. EL CÍRCULO PRIVILEGIADO DE PERSONAS

El autor solamente es liberado de pena cuando el peligro le amenaza a él mismo, a un pariente o a alguna otra persona cercana a él. Las “personas cercanas”, que no habían sido contempladas en el Derecho anterior, han llegado a la parte general de 1975 a través del Proyecto de 1962. La expresión acoplada a los “parientes” de “otra persona cercana a él” ilustraría “que con esto se comprende a personas que, p. ej., viven en una comunidad hogareña con el autor del estado de necesidad o que están vinculadas a él de manera

(36) Acerca de la posibilidad de un estado de necesidad justificante en el caso concreto, con más detalles, ROXIN, LH a Jescheck, 1985, p. 457 y ss. (481 y ss.).

(37) HIRSCH, LK (10a. ed.), art. 35, n. marg. 14.

similar a los parientes⁽³⁸⁾. La restricción del privilegio de la legítima defensa a un estrecho círculo de personas es explicada en el Proyecto de 1962 por el hecho de que “la situación de presión psicológica” que proporcionaría “el fundamento interno para la exculpación” surgiría “mayormente” solo en vista a las personas enumeradas en la ley. Pero ésta es una fundamentación inexacta. Y es que es indiscutible que en los parientes no importe si estos efectivamente estén cercanos al autor, mientras que, por otro lado, el peligro que amenaza a una persona amada no cercana al autor (p. ej., la mujer que se ama en secreto) puede producir una mayor presión psicológica, sin exculpar el hecho cometido en estado de necesidad. En realidad, la regulación legal se explica por que solo en el círculo de personas enumerado el hecho en estado de necesidad desaprobado por sí mismo encuentra tanta comprensión en la colectividad que se puede sustentar desde el punto de vista preventivo-general la tolerancia del legislador. Luego, la teoría de los fines de la pena, empleada para fundamentar la regulación del estado de necesidad, también reafirma su validez en este caso.

El carácter de “pariente” resulta del art. 11, primer párrafo, número 1. Como “persona cercana” se considera, debido a la vinculación legal con el concepto de pariente, solo a aquellas personas con las cuales el autor tiene una relación perdurable, parecida a la de los parientes. Esta relación se da sobre todo en las comunidades de vida parecidas al matrimonio, pero también debe reconocérsele en otras personas que son admitidas con carácter duradero en la propia casa. Si no se presentase una comunidad habitacional, se podrá afirmar una “relación cercana” en caso de relaciones sexuales permanentes o de estrecho contacto personal con parientes fuera del círculo mencionado en el art. 11, primer párrafo, número 1 (p. ej., tíos, tías, sobrinos, sobrinas). También una relación de padrazgo puede fundamentar una relación cercana cuando la actividad del padrino se asemejara a los cuidados de un pariente, más allá de las atenciones convencionales. Por el contrario, camaradas deportivos, de partidos políticos, vecinos, colegas del trabajo, etc., con quienes se acostumbra un trato social de simpatía, no son personas cercanas. Pues tales contactos se limitan a

(38) Sobre esto y lo que sigue: Bundestags-Drucksache IV/ 650, p. 161.

determinados ámbitos de la vida y no pueden ser situados al mismo nivel que la relación de parentesco. De allí que tampoco sean personas cercanas al profesor sus alumnos. La relación también debe ser mutua; la diva del cine que es amada por un joven más que cualquier otra persona, pero que no sabe nada sobre esto o por lo menos no corresponde a este amor, no es una persona cercana a él. Por otro lado, cuando deba afirmarse una “relación cercana” (p. ej., en la relación con la “compañera para toda la vida”), entonces no importa, al igual que tampoco en el caso de parientes, que en el caso concreto el peligro para la persona cercana hubiera colocado o no al autor en una situación especial de coerción psíquica.

V. EL ACTUAR PARA EVITAR EL PELIGRO

El texto legal exige que el autor hubiera actuado “para evitar el peligro...”. Tiene que haber sido motivado, entonces, por una voluntad de rescate, de manera que todavía no exculpa el simple conocimiento del peligro existente. Quien como convencido miembro del partido, p. ej., ha ejecutado acciones delictuosas por órdenes del régimen nacional-socialista no es impune por el hecho de que hubiera tenido que contar con un peligro para su cuerpo o su vida en caso de negarse a hacerlo⁽³⁹⁾. En la exclusión de responsabilidad se plantean de manera diferente los problemas que pueden surgir en los elementos subjetivos de la justificación y que, p. ej., en el estado de necesidad justificante pueden evidenciar una limitación al conocimiento de la situación justificante objetiva, así como una renuncia a la fuerza motivadora de la voluntad de rescate. Y es que aquí el autor –a diferencia de una situación de justificación– ha hecho algo de todas maneras objetivamente reprobable; al responder la pregunta de si éste puede a pesar de todo ser liberado de pena, sus motivos (como p. ej., también en la medición de la pena) muy bien pueden ser considerados. Quien comete acciones amenazadas con pena, no para evitar el peligro, sino por impulso criminal, precisa una sanción, tanto por motivos de prevención especial como general. Entonces, la ratio de la regulación del estado de necesidad exige el motivo de rescate como presupuesto de la exculpación.

⁽³⁹⁾ OGH, s. penal, t. 1, p. 313; BGH, s. penal, t. 3, p. 276.

Por el contrario, JAKOBS⁽⁴⁰⁾, “en contra del tenor” de la ley y en contra de toda la opinión dominante, pretende “exigir (...) para la exculpación solamente el conocimiento de la necesidad y del efecto de evitación, pero no el actuar para la evitación”. En caso contrario, la imputación del hecho dependería “de algo interior no expresado exteriormente”; esto contradiría el principio del Derecho penal del hecho. Sin embargo, un autor que ejecuta órdenes con ánimo de disposición y celo, no es penado por su actitud interna, sino por sus hechos. A él solamente se le deniega la tolerancia que se le hubiera tenido si hubiera actuado temiendo por él mismo o por sus prójimos, en vez de haberlo hecho por motivos criminales. El que una motivación comprensible pueda liberar es un fenómeno usual. Tampoco sucede que de esta manera, como opina JAKOBS, “a través del análisis de la motivación se desplace la carga de la prueba en contra del autor”; pues siempre se tendrá que ir a su favor cuando exista aunque sea la posibilidad de que hubiera actuado para evitar el resultado.

Por cierto que no se precisa que el motivo de rescate tenga su origen en impulsos nobles; así como tampoco que constituya el objetivo final del autor. Es igualmente impune quien salva a su pariente bajo los presupuestos del art. 35, no por cariño, sino solo porque no quiere aparentar ser un cobarde o porque espera que el rescatado lo nombre su heredero⁽⁴¹⁾.

VI. LA DENEGACIÓN DE EXCLUIR DE RESPONSABILIDAD SEGÚN EL ART. 35, PRIMER PÁRRAFO, 2

1. Acerca de la ratio de la excepción contraria

El art. 35, primer párrafo, segunda oración, deniega la exclusión de la responsabilidad cuando se imputa al autor que deba tolerar el peligro. La posibilidad de denegación tiene la forma de una cláusula general y es ilustrada mediante dos ejemplos: la causación por uno mismo de un peligro y los deberes “en una relación jurídica especial”. Las excepciones provienen de

(40) “Strafrecht, AT”, 1983, cap. 20, n. marg. 11.

(41) Comp. sobre estos casos, p. ej., BAUMANN/WEBER, “Strafrecht, AT”, 9^{na.} ed., 1985, cap. 29, II, 2, a; SCHMIDHÄUSER, “Studienbuch”, 2^{da.} ed., 1984, cap. 8, n. marg. 20.

tomar en cuenta a la colectividad y todas ellas son, en tal medida, por igual de carácter preventivo-general. Pero se diferencian entre sí en la tendencia y en el grado de las reservas que existan por razones preventivo-generales. Estas tienen la mayor fuerza en las “relaciones jurídicas especiales” a las cuales, p. ej., están sometidos los policías o bomberos. La protección de bienes jurídicos sufriría un daño inmediato si tales portadores de un oficio pudieran impunemente evadir sus deberes amparándose en el miedo a los peligros; por ello, aquí tampoco se prevé ninguna posibilidad de atenuación. Por el contrario, en la causación por uno mismo, la denegación de la liberación de pena es una concesión a la conciencia jurídica de la generalidad; esta no comprendería que alguien pueda salir librado impunemente cuando interviene fuertemente en bienes jurídicos de terceros para escapar de peligros creados por su propia culpa (que no están, por ello, cubiertos por el art. 34). Sin embargo, puesto que urge menos prevenir las posibles conmociones de la conciencia jurídica que impedir el daño manifiesto que surgiría de la denegación a los portadores de oficios destinados a conjurar peligros, por lo menos se ha admitido aquí una atenuación facultativa de pena. Esta rige también para los casos comprendidos por ambos grupos de ejemplos que igualmente encuentran su explicación en la consideración de la conciencia jurídica general.

Por el contrario, en los casos del art. 35, primer párrafo, segunda oración, fracasa completamente la explicación del estado de necesidad como una restricción de la libre determinación de la voluntad (comp. ya supra I). Si bien, en la fundamentación de la Comisión especial⁽⁴²⁾ se dice “que también aquí la sobrepresión que influye en las motivaciones puede ser casi tan grande como en los casos de estado de necesidad auténticos” y que por ello se prevería una posibilidad de atenuar la pena. Pero falta cualquier fundamentación sobre por qué, en el peligro causado por uno mismo, la presión psíquica que abrumba al autor deba ser menor; si se tratara de ella, aquí tendría que otorgarse liberación de pena. Y cuando en las “relaciones jurídicas especiales” se atribuye la exclusión de cualquier posibilidad de atenuación –¡acertadamente!– al “deber de protección frente

(42) Sobre esto y lo que sigue: Bundestagsdrucksache V/4095, p. 16.

a la generalidad” que corresponde a los autores, se muestra muy claramente la consideración de la protección de bienes jurídicos como motivo portador de la regulación; esto no cambia en nada por la indicación de que podría tomarse en cuenta el incremento de la presión de motivación “en el marco de la medición de la pena”.

Tampoco se puede, a través de la *actio libera in causa* (a.l.i.c.) armonizar la punibilidad en los casos de peligros causados por uno mismo con el principio tradicional de la imputación de la culpabilidad⁽⁴³⁾. Pues, en primer lugar, no está excluida la asequibilidad normativa del autor del estado de necesidad –a diferencia de los casos de la a.l.i.c.– en la comisión del hecho, de manera que ya por este motivo es imposible recurrir al hecho previo del autor; y en segundo lugar, si fueran aplicables los principios de la a.l.i.c., en la causación imprudente del peligro que aquí está plenamente en primer plano, tampoco debería estar permitida ni siquiera una punición por imprudencia al autor en estado de necesidad. Pero esto contradiría claramente la ley⁽⁴⁴⁾.

La difundida teoría que explica la liberación de pena del art. 35 a través de una confluencia de atenuación de la culpabilidad y del injusto (comp. supra I), interpreta el art. 35, primer párrafo, segunda oración, en el sentido que “el injusto atenuado por sí mismo(...) vuelve a ser desbalanceado por el injusto que subyace a la lesión de un deber especial de portar un peligro”, de manera que entonces solo se presenta “la situación especial de presión psíquica” que no alcanza por sí sola para la exculpación⁽⁴⁵⁾. Prescindiendo de las dudas en contra de la importancia de la disminución del injusto (comp. supra I), sin embargo, a través de la construcción por sí misma correcta de un especial “deber de portar el peligro” no debe ocultarse

(43) No obstante, en este sentido, SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, “StGB”, 23^{ava.} ed., 1988, art. 35, n. marg. 20.

(44) Una crítica similar en LH (10a. ed.)-HIRSCH, art. 35, n. marg. 47; SK (4^{ta.} ed.)-RUDOLPHI (Nov. 1983), art. 35, n. marg. 11.

(45) SK (4^{ta.} ed.)-RUDOLPHI (Nov. 1983), art. 35, n. marg. 11; igualmente, LK (10a. ed.)-HIRSCH, art. 35, n. marg. 47; en favor de las “relaciones jurídicas especiales” también SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, “StGB”, 23^{ava.} ed., 1988, art. 35, n. marg. 19.

su fundamento, el cual recién proporciona la verdadera explicación: únicamente son las ya nombradas consideraciones preventivo-generales, las que han llevado a imponer al autor un deber especial de portar peligros en casos determinados.

2. La relación jurídica especial

El autor en estado de necesidad permanece plenamente punible cuando “tenía que soportar el peligro en vista a una relación jurídica especial. Sin embargo, esto no ha sido explicado con más detalle en el art. 35, primer párrafo, segunda oración”⁽⁴⁶⁾. Como ejemplos, la Comisión especial⁽⁴⁷⁾ menciona a “soldados, funcionarios vigilantes de la frontera federal y bomberos, especialmente”; el proyecto de 1962 había mencionado también a marineros, funcionarios policiales y guías montañistas⁽⁴⁸⁾. En algunos casos, tales deberes de portar el peligro están fijados incluso legalmente (arts. 6, 29 segundo párrafo y ss. de la Ley penal militar; arts. 106, 109 Ley de marinos); según estas, incluso los que prestan servicio civil [sustitutorio] se encuentran en una relación jurídica especial (art. 25, tercer párrafo de la ley del servicio civil). Aquí también están los “pronosticadores del tiempo” en la montaña (RG, s. penal, t. 72, p. 246). Es discutible si se tiene que tratar de obligaciones especiales frente a la generalidad⁽⁴⁹⁾ o si también son simplemente suficientes personas individuales frente a deberes de protección existentes (relación padres-hijo, niñeras, guías privados en las montañas). La concepción más estrecha merece aprobación. Pues la Comisión especial ha fundamentado la denegación de cualquier atenuación

⁽⁴⁶⁾ Acerca de la falta de concreción de esta variante del art. 35, primer párrafo, segunda oración, ver BERNSMANN, “Zum Handeln von Hoheitsträgern aus der Sicht des ‘entschuldigenden Notstandes’”, LH a Blau, 1985, p. 23 y ss. (p. 38 y ss.). Él opina: “En realidad debería ser imposible proporcionar una demarcación siquiera medianamente clara del concepto ‘relación jurídica especial’” (ver *idem*, p. 141).

⁽⁴⁷⁾ Bundestags-Drucksache V/4095, p. 16.

⁽⁴⁸⁾ Bundestags-Drucksache IV/650, p. 161.

⁽⁴⁹⁾ A favor de ello, SK (4^{ta} ed.)-RUDOLPHI (Nov. 1983), art. 35, n. marg. 12; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, “StGB”, 23^{ava} ed., 1988, art. 35, n. marg. 22. En contra, LK (10a. ed.)-HIRSCH, art. 35, n. marg. 53; BERNSMANN, igual que en la nota 46, p. 40.

de pena precisamente en que “las personas pertinentes (han asumido) un deber especial de protección frente a la generalidad”⁽⁵⁰⁾.

Con ello no se exige que los deberes de protección tengan que basarse en el Derecho público; también el médico o el personal del hospital tienen un deber de protección frente a la colectividad y no deben evadir el servicio a la salud del pueblo indicando que existen peligros de contagio. Además no se opone a una relación jurídica especial el que, en el caso concreto, ella sea transmitida recién mediante un acto jurídico especial. Así, el Juez tiene, frente a la generalidad, un deber más elevado de portar peligros, aun cuando este entre en contacto con una cosa determinada recién a través de la pendencia jurídica. Luego, cuando prevarica por miedo ante las amenazas de una de las partes, está sometido al marco penal no atenuado del art. 336. También, p. ej., el salvavidas de la piscina tiene una relación jurídica especial, pues aun cuando los usuarios tengan que pagar entrada para ingresar dentro de su vigilancia, él está obligado frente al anónimo “cualquiera” sin tener que ver a la persona. Por el contrario, no pertenece aquí el guía montañista (¡a diferencia del vigilante de las montañas!) mencionado en el proyecto de 1962, cuando labora para turistas individuales debido a un contrato individual. Si bien rigen para él también deberes especiales de protección, al igual que para otras personas tutoras o los miembros de una comunidad de peligros (expediciones, tripulación en botes); pero ellos se enmarcan dentro de la cláusula general del art. 35, primer párrafo, segunda oración (comp. infra VI, 4) y por ello pueden recibir una atenuación de la pena.

Es reconocido que el elevado deber de portar peligros solo rige para peligros específicos de la profesión⁽⁵¹⁾. Entonces, un médico víctima de un naufragio no tiene, p. ej., que dar preferencia a otros pasajeros durante el rescate⁽⁵²⁾. Así, según la jurisprudencia del TFA (NJW 1964, 731), si

(50) Bundestags-Drucksache V/4095, p. 16.

(51) Comp., por mencionar solo algunos, SK (4^{ta} ed.)-RUDOLPHI (Nov. 1983), art. 35, n. marg. 13; LK (10a. ed.)-HIRSCH, art. 35, n. marg. 55; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCCKNER, art. 35, n. marg. 23.

(52) TIMPE, igual que nota 10, “Grundfälle”, 1985, p. 35.

bien un funcionario policial de ejecución penal tiene que, “según las circunstancias, arriesgar su vida cuando tome parte en la detención de un delincuente armado o en la sofocación de un motín”, puede invocar el art. 35 cuando sea coaccionado por un poder estatal criminal (iel régimen nazi!) para que cometa delitos y cuando, en caso de negarse a hacerlo, pueda correr el “grave peligro” de “sufrir él mismo la muerte”. Por cierto que, en caso de peligros específicos de la profesión, tampoco podrá exigirse que el obligado a la protección acepte la muerte segura o probabilísima; el Derecho promueve la tolerancia de peligros, pero no el autosacrificio consciente de la vida. Esta restricción deberá armonizar sin mayores problemas con el tenor del art. 35, primer párrafo, segunda oración, porque siempre tiene que añadirse a la “relación jurídica especial” la exigibilidad de tolerar el peligro.

También cuentan plenamente entre las relaciones jurídicas especiales los deberes legales de tolerancia, como el deber de soportar intervenciones corporales (p. ej., según los arts. 81a StPO, 17, sexto párrafo, tercera oración, de la Ley de soldados, art. 17, segundo párrafo, Ley de enfermedades sexuales) o a soportar privaciones de la libertad (p. ej. según los arts. 127, 112 StPO) o al cumplir la pena privativa de libertad. Pero aquí será mejor excluir ya un estado de necesidad en sentido del art. 35, primer párrafo, primera oración: los derechos coercitivos del Estado no fundamentan desde el principio una carga desproporcionada como lo presupone el art. 35, primer párrafo, primera oración. Pero el art. 35, primer párrafo, segunda oración solo es pertinente en caso de un deber de asumir peligros desproporcionados. Algo distinto rige solamente cuando un inocente ha sido condenado, con calidad de cosa juzgada, a una pena privativa de libertad, pues el ordenamiento jurídico no quiere tal intervención. Entonces, aquí se presenta un estado de necesidad, el cual por cierto, en una comunidad bajo un Estado de Derecho, solo debe ser eliminado por la vía de la revisión y debe ser tolerado en lo demás⁽⁵³⁾. Puesto que no se trata de deberes de protección frente a la colectividad, esta constelación también ingresa

(53) Es la doctrina dominante; otra concepción en SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, “StGB”, 23^{ava.} ed., 1988, art. 35, n. marg. 26.

en el ámbito de la cláusula general de tolerabilidad; esto tiene al mismo tiempo la ventaja de que por lo menos se pueda garantizar al autor una atenuación de pena.

Aquel que se encuentra en una relación jurídica especial tiene que soportar el peligro aun en el caso de que no lo amenace a él sino a un pariente o persona cercana⁽⁵⁴⁾.

Pues el bien común sufriría daños si, p. ej., las personas empleadas para proteger a la colectividad en casos de catástrofes dejaran pasar su deber impunemente y pudieran, en cambio, ocuparse de sus parientes y otras personas cercanas. En el caso inverso (p. ej., la mujer del capitán rescata a su marido a costa de los pasajeros), siguiendo la doctrina dominante, debe denegarse igualmente la invocación al estado de necesidad, pese a que parece decir lo contrario el tenor de la ley centrada en el autor en estado de necesidad que se encuentra en una relación especial de violencia. Pero, la cláusula general de tolerabilidad permite también imponer a la persona cercana la tolerancia del peligro. La capacidad funcional de los mecanismos establecidos para proteger a la colectividad exige que no solamente sea el obligado a portar el peligro quien cumpla con su deber, sino también que las personas cercanas a él tomen en cuenta la especial tarea de este. Naturalmente que a los situados fuera de la relación jurídica especial se les podrá favorecer con la posibilidad de atenuar la pena, la cual está prevista para los casos de la regla de tolerabilidad⁽⁵⁵⁾.

3. El peligro causado por uno mismo

El autor tampoco puede invocar el art. 35 cuando le sea exigible que deba soportar el peligro porque “él mismo lo ha causado”. La regulación del estado de necesidad vigente antes de 1975 había hablado de un estado de necesidad “no culpable” [“unverschuldet”]. El texto modificado

(54) Es la doctrina dominante; otra concepción en *SK* (4^{ta}. ed.)-RUDOLPHI (Nov. 1983), art. 35, n. marg. 14.

(55) Otra concepción en SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, “StGB”, 23^{ava}. ed., 1988, art. 35, n. marg. 29.

de la nueva ley debía aclarar, según la fundamentación de la Comisión Especial⁽⁵⁶⁾, que para excluir la pena “no solo es suficiente la causación culpable”. Pero con ello se crean más imprecisiones que las que se eliminan. Pues la simple causación del peligro no puede ser suficiente para denegar la exclusión de la responsabilidad⁽⁵⁷⁾. Cuando, p. ej., alguien, por una declaración verdadera ante el Tribunal se expone al peligro de ser asesinado por los cómplices del autor, y cediendo a las amenazas correspondientes declara falsamente, no se le puede vetar que invoque eventualmente al art. 35, pues no debe sancionarse penalmente el cumplimiento de un deber estatal del ciudadano quitándole el privilegio del estado de necesidad. Esto rige aun en el caso de que alguien corra peligros mediante una denuncia, mediante el impulso de un proceso o incluso mediante palabras atrevidas; atentaría contra el principio de igualdad que se trate peor que a un autor en estado de necesidad a aquel que cae en un estado de necesidad por hacer valer sus derechos ciudadanos.

Entonces, para la exclusión del privilegio de estado de necesidad no debe exigirse más que una causación del peligro. Esto no contradice el tenor de la ley, porque éste no se centra solamente en la causación, sino en si puede exigirse al autor, en contra de su voluntad, que soporte el peligro. Luego, todo desemboca en los presupuestos de la “tolerabilidad” [o “exigibilidad”]. Una opinión muy difundida admite una supresión del privilegio del estado de necesidad en caso de una realización de la situación de coacción objetivamente contraria al deber⁽⁵⁸⁾; algunos autores exigen una causación subjetivamente contraria al deber o culpable de las situaciones de estado de necesidad⁽⁵⁹⁾; otros establecen diferencias⁽⁶⁰⁾ o se centran en

(56) Bundestags-Drucksache V/4095, p. 16.

(57) Aparentemente sigue otra opinión BAUMANN/WEBER, “Strafrecht, AT”, 9^{na.} ed., cap. 29 II, 2, b.

(58) LK (10a. ed.)-HIRSCH, art. 35, n. marg. 49 y s.; SK (4^{ta.} ed.)-RUDOLPHI, Nov. 1983, art. 35, n. marg. 15 y ss.; MAURACH/ZIPE, “Strafrecht, AT”, 7a. ed., 1987, cap. 34, n. marg. 5; WESSELS, “Strafrecht, AT”, 18^{ava.} ed., 1988, cap. 10, VII, 1.

(59) SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, “StGB”, 23^{ava.} ed., 1988, art. 35, n. marg. 20; JESCHECK, “Lehrbuch, AT”, 4^{ta.} ed., 1988, cap. 44, III, 2, a.

(60) BLEI, “Strafrecht, AT”, 18^{ava.} ed., 1983, cap. 61, II, 1, a.

el caso particular⁽⁶¹⁾ o en la “competencia del autor para el motivo de la situación de estado de necesidad”⁽⁶²⁾.

Por consiguiente, el estado de la discusión es confuso, especialmente porque se carece de sentencias esclarecedoras sobre el nuevo Derecho⁽⁶³⁾. Entre la jurisprudencia del Derecho anterior se debe mencionar las de RG, s. penal, t. 54, p. 338; t. 72, p. 19; BGH, ROW 1958, p. 33. Las sentencias del Tribunal del Reich (RG) consideran que el autor es culpable de un estado de necesidad cuando este, debido a un hecho punible anterior, debe contar con que se le denuncie, y para evitarlo vuelve a cometer un delito. Sin embargo, no podrá en absoluto calificarse a un amenazante proceso penal como estado de necesidad en el sentido del art. 35 (comp. supra VI, 2). Conceptos como “contrario al deber”, “antijurídico”, “culpable” que aun hoy en día son mayoritariamente empleados, son poco apropiados para superar el problema, pues no se encuentra prohibido el ponerse a sí mismo en peligro. Por ello se recomienda describir los presupuestos bajo los cuales se deba excluir la invocación a un estado de necesidad, renunciando a estos términos de la siguiente manera: el autor sigue siendo responsable de su conducta cuando sin un motivo suficiente se ha expuesto a un peligro que pudo llevar de manera previsible a una situación de estado de necesidad. La evitación de tales peligros no es un deber, sino una potestad en caso de cuya violación el autor pierde el privilegio del estado de necesidad⁽⁶⁴⁾.

Juzgando la cuestión de cuándo alguien se ha expuesto a un peligro sin un motivo suficiente, se tendrá que distinguir entre peligros humanos y naturales. Si alguien es puesto en peligro por personas, su privilegio de estado de necesidad permanece incólume todo el tiempo que se hubiera

(61) DREHER/TRÖNDLE, “StGB”, 44^{ava}. ed., 1988, art. 35, n. marg. 11.

(62) TIMPE, como en nota 10, “Grundfälle”, 1985, p. 36; JAKOBS, “Strafrecht, AT”, 1983, cap. 20, n. marg. 16.

(63) Tampoco trae esta aclaración la sentencia del OLG Oldenburg, *NJW* 1988, 3217, la que si bien acepta que la instancia renuncie a evaluar la exigibilidad en caso de una simple causación, no dice nada sobre los criterios y el resultado de tal evaluación.

(64) Concordando ampliamente, HRUSCHKA, “Strafrecht nach logisch-analytischer Methode”, 1983, p. 281 y ss.

comportado de manera adecuada socialmente (comp. los ejemplos VI, 3 al principio). Quien, por el contrario, injuria a otro de manera imputable o lo perjudica de alguna otra manera, tiene que responder por sí mismo por los peligros que surjan previsiblemente de allí y no puede liberarse impunemente de ellos a costa de otros. Cuando alguien se expone a peligros de la naturaleza tiene un motivo suficiente en la medida en que quiera ayudar a otros o buscar un provecho social (como en los viajes de investigación), siempre que la reconocible puesta en peligro de sí mismo o de otros no supere el beneficio desde el principio.

Naturalmente, siempre se tiene que atender a que el hecho de estado de necesidad no es punible, así como así cuando el autor se había expuesto al peligro sin un motivo suficiente. Adicionalmente, la aparición de la situación de estado de necesidad debe haber sido previsible. Ya el RG, s. penal, t. 36, p. 340⁽⁶⁵⁾ ha dicho acerca de la exigencia de tener la culpa [Verschulden] establecida por el Derecho anterior, que la responsabilidad en el estado de necesidad, que excluiría la impunidad, no sería idéntica con la del peligro “en la medida en que el primer concepto no solamente incluye en sí mismo la producción del peligro, sino también la circunstancia de que la salvación de esta situación solo sería posible interviniendo en derechos ajenos”. Esto significa en la práctica: cuando alguien emprende una peligrosa expedición en un velero, dejando imprudentemente su chaleco salvavidas en casa, y, al naufragar en una tormenta, se salva quitándole el chaleco salvavidas a su acompañante, haciendo que este perezca en las olas, es punible según el art. 212, pues era previsible no solo el peligro, sino también la necesidad de salvarse a costa de otro. Sin embargo, cuando el autor hubiera llevado consigo un chaleco salvavidas, probado meticulosamente, y si después este resultara ser imprevisiblemente inútil, se da ceteris paribus una exclusión de la responsabilidad⁽⁶⁶⁾, pues el autor no puede ser hecho responsable por su situación de necesidad. Por supuesto que, visto con exactitud, interesa

⁽⁶⁵⁾ Igualmente RG, s. penal, t. 72, p. 249; BGH, ROW 1958, 34. Esta es la doctrina totalmente dominante.

⁽⁶⁶⁾ Comp. SK (4^{ta} ed.)-RUDOLPHI (Nov. 1983), art. 35, n. marg. 16.

la no-previsibilidad de la situación de estado de necesidad y no la acción de estado de necesidad: aun cuando el autor de nuestro ejemplo, que ha dejado su chaleco salvavidas en casa, no pudo prever que su acompañante llevara consigo uno, sigue siendo punible cuando quitándoselo provoca su muerte⁽⁶⁷⁾.

Además hay que pensar que aun cuando el autor ha realizado una situación de estado de necesidad sin motivo suficiente y previsiblemente, en los casos más sencillos puede incluso producirse una justificación según el art. 34. Quien en una expedición de escalamiento de montañas se ve en una situación de emergencia a causa de su equipo totalmente insuficiente y, como era de esperarse desde el principio, solo puede salvarse del congelamiento invadiendo una cabaña privada, está de todos modos justificado frente a una violación de domicilio debido a los intereses esencialmente preponderantes, pues el criterio de causación del art. 35, primer párrafo, segunda oración, no es trasladable al art. 34. Luego, una punición del hecho de estado de necesidad debido a una “propia causación” del peligro solo entra a tallar en caso de graves afecciones de bienes jurídicos.

También en caso de un peligro causado por uno mismo se plantea la cuestión de cómo hay que decidir cuando la persona que causa el peligro y la persona salvada no son idénticas (sobre el problema correspondiente en las relaciones jurídicas especiales comp. VI, 2, in fine). ¿Es impune cuando culpablemente coloca a su familia en una situación de estado de necesidad y solo puede salvarla dañando a terceros? El texto de la ley parece centrarse en una causación a través del autor en estado de necesidad, y también la fundamentación de la Comisión Especial opina que “solo debe atenderse a la conducta del autor en estado de necesidad”⁽⁶⁸⁾. Pero el resultado de que el padre tenga que ser penado no es muy plausible, pues cuando un padre es culpable por sí mismo del peligro que amenaza a su familia se sentirá tanto más fuertemente obligado –así sea a costa de terceros– a rescatarla. Y

(67) En tal medida es acertada la crítica de JAKOBS al criterio de la previsibilidad de la doctrina dominante; “Strafrecht, AT”, 1983, cap. 20, n. marg. 17.

(68) Bundestags-Drucksache V/4095, p. 16; así también SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, “StGB”, 23^{ava}. ed., 1988, art. 35, n. marg. 20a; MAURACH/ZIPF, “Strafrecht, AT”, t. 1, 7^{ma}. ed., 1987, cap. 34, n. marg. 6; JAKOBS, “Strafrecht, AT”, 1983, cap. 17, n. marg. 75.

también la opinión pública mostrará comprensión por tal motivación, de manera que la atención a la conciencia jurídica general no exige ninguna punición: “nada resulta más evidente que ayudar al pariente a quien uno mismo, lesionando su deber, ha colocado en un peligro para su vida”⁽⁶⁹⁾. Por ello debe admitirse por regla general que no debe exigirse al autor que soporte el peligro pese a que él ha causado la situación de estado de necesidad; esto todavía puede ser perfectamente armonizado con el tenor de la ley gracias a que se puede recurrir a la cláusula general de tolerabilidad⁽⁷⁰⁾.

En el caso inverso de que sea el rescatado y no el autor en estado de necesidad quien ha causado el peligro (la mujer se pone “por su culpa” en una situación de necesidad, su marido la rescata lesionando a un tercero), se tendrá igualmente que admitir por regla general una exclusión de responsabilidad⁽⁷¹⁾. Está en favor de ello no solamente el tenor de la ley (el autor en estado de necesidad no ha “causado” el peligro), sino también la circunstancia de que el rescatante de su mujer (o de cualquier otra persona cercana a él) merece tolerancia, dando lo mismo cómo esta se hubiera puesto en su situación. No convence el argumento en contra, en el sentido de que el rescatante no podría exigir una tolerancia que se le habría denegado al rescatado en caso de que él mismo hubiera actuado en estado de necesidad. Y es que la conciencia jurídica general admite una liberación de pena más ampliamente en caso de un actuar altruista que en uno egoísta. Luego, en el peligro causado por uno mismo ocurre exactamente lo contrario que en el de las relaciones jurídicas especiales: mientras que en estas el rescate de personas cercanas a costa de terceros es igualmente punible que la salvación del obligado a soportar peligros a través de personas cercanas (comp. VI, 2, in fine), aquí el rescate de personas cercanas a través del causante del peligro, por regla general, es igualmente impune

(69) JESCHECK, “Strafrecht, AT”, 4^{ta} ed., cap. 44, III, 2, a.

(70) Así también la opinión mayoritaria; comp., por mencionar solo algunos autores, JESCHECK, “Lehrbuch”, 4^{ta} ed., 1988, cap. 44, III, 2, a; HIRSCH, en LK, 10a. ed., art. 35, n. marg. 51; RUDOLPHI, en SK, 4^{ta} ed. (Nov. 1983), art. 35, n. marg. 17; SCHMIDHÄUSER, “Studienbuch”, 2^{da} ed., 1984, cap. 8, n. marg. 25.

(71) Muy enfático; otra concepción tiene sobre todo HIRSCH, en LK, 10a. ed., art. 35, n. marg. 65; RUDOLPHI, en SK, 4^{ta} ed. (Nov. 1983), art. 35, n. marg. 17.

que el del causante del peligro a través de personas cercanas. Entonces, la causación del peligro impide una tolerancia frente al autor en estado de necesidad en menor medida que lo hace la vinculación mediante una relación jurídica especial; esto es coherente con el hecho de que se pueda conceder una atenuación al causante punible del propio peligro, la cual se deniega plenamente a aquellos que están en una relación jurídica especial.

4. Otros casos de exigibilidad de soportar peligros

Los deberes de portar peligros con base en una relación jurídica especial y en la causación del peligro son solamente ejemplos. Lo decisivo es si al autor “se le pudo exigir soportar el peligro”. En primer lugar, la cláusula de tolerabilidad posibilita correcciones en el campo de las relaciones jurídicas especiales y de la causación del peligro: tampoco se puede exigir al soldado, policía y bombero el sacrificio seguro de su propia vida; también el causante del peligro puede invocar todavía el art. 35 (sobre todo en relación con personas cercanas a él), bajo ciertas circunstancias. Estos casos, en los cuales la cláusula de tolerabilidad tiene efectos restrictivos de la punibilidad, ya han sido expuestos arriba. Pero, accesoriamente, la cláusula de tolerabilidad también tiene una función extensiva de la punibilidad al exigir que se soporte el peligro, según las circunstancias, también fuera de las relaciones jurídicas especiales y de la causación del peligro. En este contexto se precisa destacar especialmente dos grupos de casos: las posiciones de garante y la proporcionalidad externa del daño ocasionado.

Se tendrá que afirmar un elevado deber de portar peligros también en relaciones que fundamenten una posición de garante en el marco de los delitos de omisión. Estos caen dentro de las “relaciones jurídicas especiales” del art. 35, primer párrafo, segunda oración, en la medida en que se trate de deberes frente a la colectividad (comp. VI, 2, al principio). Pero además, se tendrá que exigir también, p. ej., a un marido que en caso de peligros que amenazan a la familia (bombas, incendios, naufragios, accidentes automovilísticos) no abandone a su esposa y a sus hijos, sino los ayude arriesgando que él mismo se ponga en peligro. Si él no hace esto, puede ciertamente contar con un marco penal atenuado, pero no con una liberación de pena, a diferencia de lo que sucedería si descuidaba sus

deberes en contra de la colectividad. Lo mismo rige también para las demás posiciones de garante como la comunidad de peligros en expediciones y escalamientos de montaña, o para las relaciones de vigilancia y tutoría (guías de montañas, maestros). Igualmente, bajo este punto de vista debe aceptarse un mayor deber de portar peligros en los grupos de resistencia política en Estados totalitarios (comp. OLG Freiburg, HEST, 200; OGH, s. penal, t. 3, p. 130 y ss.): luego, un miembro no puede invocar así como así el art. 35 cuando escapa a un peligro traicionando a sus camaradas. Por el contrario, aquí pertenece de manera inmediata la posición de garante por un hecho previo (ingerencia), sino en el campo de la propia causación (supra VI, 3).

También es de aceptar un deber de portar el peligro en caso de proporcionalidad externa del daño ocasionado. Esto no significa que el daño evitado tenga que ser mayor que el daño causado; tales constelaciones se enmarcan mayormente ya en el art. 34. P. ej.: “también la muerte de otro realizada para evitar un simple estado de necesidad en el cuerpo (puede) ser disculpable” (RG, s. penal, t. 66, p. 400). Del mismo modo, cuando no pueda salvarse la propia vida de otra manera, también puede excusarse la muerte de muchas e incluso de numerosas personas (BGH, NJW 1964, 730). Pero queda fuera de toda proporción y no merece tolerancia alguna cuando alguien elimina la vida de inocentes o les ocasiona un grave daño permanente para evitar lesiones corporales reparables.

Por cierto que al clasificar la proporcionalidad externa debe hacerse distinciones. Los simples maltratos sin daños para la salud o la integridad corporal no causan desde el principio ningún estado de necesidad para el cuerpo, y por lo tanto, no deben excluirse recién a través del art. 35, primer párrafo, segunda oración (comp. supra III). Por el contrario, la amenaza de rotura de un brazo o una grave contusión fundamentan un estado de necesidad para el cuerpo, de manera que se excluye la responsabilidad penal cuando alguien solo puede escapar a estos peligros causando dichos daños a otro. Pero cuando para evitar estos perjuicios se mata a otro se le provoca una parálisis parcial, esto ya no es tolerable; una liberación de pena sería aquí imposible por motivos preventivo-generales. También el grado del peligro amenazante puede llevar a una proporcionalidad externa en una

acción de estado de necesidad. Esto es especialmente importante en los casos de peligros para la vida, en los que, en un estadio agudo, se exculpa cualquier acción necesaria para el salvamento. Pero también cuando la probabilidad de perder la propia vida solo sea de 10%, esto ya es un peligro para la vida (comp. supra II, al principio) cuya evitación puede disculpar la lesión de otro. No obstante, no puede liberarse de pena a un autor en estado de necesidad cuando para evitar un peligro proporcionalmente muy lejano, se hace responsable por la muerte segura de un tercero. Aquí sigue siendo exigible el soportar el peligro relativamente reducido.

5. La medición de la pena en caso de exigible tolerancia de peligros

Cuando alguien hubiera actuado con motivo de una situación de estado de necesidad según el art. 35, primer párrafo, primera oración, pero la tolerancia del peligro le era exigible, la pena puede ser atenuada según el art. 49, primer párrafo. Esto solamente deja de regir cuando el autor tenía que soportar el peligro considerando una relación jurídica especial. Esta diferenciación está justificada bajo puntos de vista de prevención general (comp. supra, VI, 1)⁽⁷²⁾. Sin embargo, muchas veces se ha defendido la opinión de que la exclusión de una atenuación del marco penal en el caso de “relaciones jurídicas especiales” sería difícilmente compatible con el principio de culpabilidad⁽⁷³⁾. Estos temores, por lo general, no están fundados, porque la menor culpabilidad del obligado a portar el peligro puede ser tenida en cuenta dentro del marco penal normal. Los arts. 212, 213, 223, 223a, que por lo general son los afectados, posibilitan penas tan leves que no debe esperarse una medida penal exageradamente elevada. Solo existiría un atentado contra el principio de culpabilidad en caso de un hecho en estado de necesidad que atente contra el art. 211 [asesinato], porque el marco penal absoluto no permite atender a la culpabilidad disminuida. Por cierto que raramente ocurrirá que el autor de un estado de

(72) Es de otro parecer JAKOBS, “Strafrecht, AT”, 1983, cap. 20, n. marg. 19.

(73) STREE, en ROXIN/STREE/ZIPF/JUNG, “Einführung in das neues Strafrecht”, 2^{da}. ed., 1975, p. 75; JESCHECK, “Lehrbuch”, 4^{ta}. ed., 1988, cap. 44, IV, 2; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, “StGB”, 23^{ava}. ed, 1988, art. 35, n. marg. 37; RUDOLPHI, en SK, 4^{ta}. ed. (Nov. 1983), art. 35, n. marg. 18a.

necesidad complete el tipo del art. 211; si ello llega a suceder se tendrá que emprender una reducción extralegal de la pena empleando los principios del BGH, s. penal, t. 30, p. 105 y ss.

La atenuación facultativa de la pena que se otorga en los demás casos de exigibilidad, debe extenderse más allá de los casos del art. 35, primer párrafo, segunda oración, a aquellas constelaciones en las cuales juegue un papel la tolerabilidad (comp. supra II)⁽⁷⁴⁾. Luego, quien queda libre de pena solo por el hecho de que no le era exigible emplear un medio menos grave, puede recibir una pena atenuada empleando analógicamente el art. 35, primer párrafo, segunda oración.

Si se dan los presupuestos de una atenuación de pena según el art. 49, primer párrafo, debe procederse, por regla general, a la atenuación. Solo puede prescindirse de esto cuando la atenuación de la culpabilidad es mínima, tal como puede ocurrir cuando existe una desproporción crasa entre el daño ocasionado y el evitado.

VII. LA SUPOSICIÓN ERRÓNEA DE UNA SITUACIÓN DE ESTADO DE NECESIDAD

El legislador ha creado una regulación especial para el error sobre los presupuestos objetivos del art. 35: este error, si es invencible, excluye la responsabilidad penal según el art. 35, segundo párrafo, y, en lo demás lleva a una obligatoria atenuación del marco penal según el art. 49, primer párrafo. Por cierto que hubiera sido mejor otra regulación para una interpretación psicológica del privilegio de estado de necesidad, tal como todavía se puede ver en la fundamentación de la ley (comp. supra I). Puesto que la presión psíquica bajo la cual está el autor en caso de un estado de necesidad solamente imaginado es la misma que ante uno verdadero, la solución que se hubiera ofrecido era equiparar el error a la verdadera situación de estado de necesidad⁽⁷⁵⁾. No obstante, esto no hubiera sido

(74) SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, "StGB", 23^{ava.} ed., 1988, art. 35, n. marg. 13a.

(75) En este sentido, el art. 23 del Proyecto alternativo, 2 versión, 1969. En la fundamentación se dice (ver idem, p. 61): "El llamado estado de necesidad putativo de exculpación es un

apropiado (y muestra la insuficiencia de una explicación psicológica del art. 35). Pues ya un estado de necesidad existente de hecho no excluye la culpabilidad del autor, sino solamente conduce a que el legislador, por falta de una necesidad preventiva de punición, no lo haga responsable por su hecho. Estas necesidades preventivas no se modifican cuando el estado de necesidad solo existe en la mente del autor. No sería compatible con la tarea de una efectiva protección penal de bienes jurídicos que queden impunes hechos delictuosos dolosos y antijurídicos, que no resultan de ninguna situación objetiva de coerción, solamente por el hecho de una representación errónea y evitable del autor. Más bien, la responsabilidad solamente puede excluirse cuando el autor ha examinado con tanto cuidado la situación, que nadie puede extraer un reproche de su error. Por lo demás, su situación de motivación ya será suficientemente tomada en cuenta mediante una atenuación de la pena. Luego, la regulación legal es digna de aplauso.

La jurisprudencia antes de la entrada en vigor de la nueva parte general había representado una tercera solución, divergente tanto del art. 35, segundo párrafo, como de la equiparación del estado de necesidad con su suposición errónea. Según el BGH, s. penal, t. 5, p. 371 (374), siguiendo al Tribunal del Reich, debería darse un falso juramento culposo (art. 163) cuando el autor había prestado una declaración falsa bajo juramento, suponiendo bajo un error vencible, que no podía escapar de otra manera a un peligro para su cuerpo y su vida. El BGH, s. penal, t. 18, p. 311 y s., había confirmado esta jurisprudencia para los homicidios bajo un supuesto estado de necesidad por orden superior, pero solamente había considerado posible una punición según el art. 222 (en vez de los arts. 211 y 212) cuando el autor por lo menos había evaluado otras escapatorias. La concepción que subyace a ambos fallos, en el sentido de que la suposición errónea de circunstancias exculpantes siempre o por lo menos

auténtico estado de necesidad; allí se trata no de un problema del error, sino de uno sobre la tolerabilidad". Por ello, si bien debería ser después de todo posible, que el carácter culpable del error tenga efectos sobre la tolerabilidad, todavía no quedaba claro cómo debería suceder esto.

después de una evaluación (aunque insuficiente) excluiría el dolo⁽⁷⁶⁾, no solamente se ve sometida a casi las mismas objeciones político-criminales que la solución de la equiparación (comp. el párrafo anterior), sino también es dogmáticamente insostenible. Pues cuando un estado de necesidad realmente existente no modifica nada en el carácter doloso del hecho (sino solo excluye, según el caso, la responsabilidad), su suposición errónea no puede naturalmente tener ninguna influencia en el dolo.

El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de exculpación (error de exculpación) no es, entonces, un caso auténtico de estado de necesidad, sino una categoría de error independiente al lado del error de tipo y de justificación, así como del error de prohibición. Especialmente no debe confundirse al error de exculpación con el error de prohibición. Quien se deja llevar a un hecho punible a través de una amenaza fingida de asesinato, sabe perfectamente que actúa antijurídicamente y se equivoca solamente sobre los hechos exculpantes. También las consecuencias jurídicas del error de exculpación se diferencian de las de otros tipos de error. Por cierto que ellas se asemejan a aquellas del error de prohibición. Pero mientras que según el art. 35, segundo párrafo, la atenuación de pena es obligatoria en caso de un error de exculpación vencible, esta atenuación solo es facultativa en el caso correspondiente del error de prohibición (art. 17). La divergencia se fundamenta en que los casos de hostilidad al Derecho, que llevan a denegar la atenuación de pena en el error de prohibición, no tienen un paralelo en el error de exculpación.

Pese a la autonomía del error de exculpación frente a los demás tipos de error, puede presentarse conjuntamente con ellos. En esto tiene importancia práctica solamente la convergencia del error de exculpación y el de prohibición. Pues no será raro que un autor que se equivoca sobre las circunstancias exculpantes crea que su conducta ya está permitida. En tal caso, ambos errores tienen que ser evaluados aisladamente. Cuando, p. ej., alguien, durante el período hitleriano, realiza un tipo penal obedeciendo una orden, y creyendo erróneamente que si se hubiera negado a hacerlo hubiera sido fusilado, pero creyendo también que su acción estaba permitida bajo las

(76) Todavía el art. 20 del Proyecto de 1962 preveía tal regulación.

circunstancias de entonces, se ha encontrado al mismo tiempo en un error de prohibición y en un error de exculpación. Si el error de prohibición era invencible, el autor deberá ser liberado de pena según el art. 17, primera oración, aun cuando el error de exculpación hubiera podido ser evitado. A la inversa, si el error de exculpación era invencible, la responsabilidad del autor según el art. 35, segundo párrafo, queda excluida, aun cuando el error de prohibición no merece una disculpa. Si ambos errores eran vencibles, el autor sigue siendo punible, pero se considerará una doble reducción del marco penal. Si el error de prohibición se basaba en una hostilidad al Derecho (lo cual es posible en delitos violentos cometidos en el periodo nazi), siempre se podrá todavía atenuar la pena según el art. 35, segundo párrafo; ciertamente, en ese caso, deberá evaluarse con un cuidado especial si el autor ha actuado “para evitar un peligro” (comp. supra V).

El caso más craso de error de exculpación es aquel en el cual el autor solo se imagina que un peligro lo está amenazando. Tales constelaciones ocurren con la mayor frecuencia cuando alguien erróneamente se cree amenazado (p. ej., por los compinches de un delincuente) y comete un delito (p. ej., falso juramento) para conjurar el peligro; aquí también pertenece el estado de necesidad durante regímenes dictatoriales derivado de una orden y supuesto erróneamente. Pero también existe un error de exculpación cuando el autor que se encuentra realmente en una situación de necesidad no reconoce que el peligro es evitable de otra manera (RG, s. penal, t. 64, p. 32; OLG Hamm, NJW 1958, 271; VRS 35, 1968, 3242) o no es actual (BGH, s. penal, t. 5, p. 374), o cuando desconoce circunstancias que fundamentan un deber elevado de portar el peligro según el art. 35, primer párrafo, segunda oración (p. ej., su propia responsabilidad por la situación de estado de necesidad). También actúa bajo los presupuestos del art. 35, segundo párrafo, quien, en un hecho de estado de necesidad a consecuencia de una confusión, cree erróneamente que el rescatado sería un pariente suyo.

La ley no ha regulado el caso de aquel obligado a portar un peligro, según el art. 35, primer párrafo, segunda oración, que cae en un error sobre los presupuestos del art. 35, primer párrafo, primera oración; p. ej., alguien que ha causado por sí mismo el peligro no reconoce que todavía

hay otras posibilidades de conjurarlo, o un policía que se cree erróneamente amenazado y se salva a costa de un tercero. Tampoco un error invencible puede aquí excluir la responsabilidad; pues cuando ni siquiera desaparece la responsabilidad penal cuando existen los hechos supuestos, con más razón no puede tener este efecto la representación de tales hechos por más invencible que sea. Sin embargo, la suposición inevitable de una situación según el art. 35, primer párrafo, número 1, debería ser equiparada a su existencia real. En este caso, si bien el policía no gozaría de la atenuación penal facultativa según el art. 35, primer párrafo, número dos, sí lo haría el “propio causante”. Por el contrario, si el error era vencible, no puede darse una reducción del marco penal⁽⁷⁷⁾; pues si no, el error vencible se equipararía a la verdadera existencia de la situación de estado de necesidad, lo cual contradiría el telos de la regulación legal del error.

No se presenta un caso del art. 35, segundo párrafo, cuando el autor se equivoca sobre los límites del art. 35, primer párrafo, primera oración: él cree, p. ej., que un hecho antijurídico también sería disculpado en caso de un peligro todavía no actual o cuando se descuida emplear un medio menos grave. Tal error es, como se sabe, irrelevante; pues en realidad el autor, en tales casos, supone una causa de exculpación que no existe. Si se quisiera tomar en cuenta este error, se haría depender los límites de la exculpación de las representaciones del autor; esto no es posible. También la creencia basada en reflexiones jurídicas erróneas, de que el soportar un peligro no sería exigible, no puede liberar al autor, pues este también aquí está yendo por su propia cuenta más allá de las fronteras de la exculpación.

VIII. LA PARTICIPACIÓN EN EL HECHO EN ESTADO DE NECESIDAD

La participación en un hecho de estado de necesidad exculpado según el art. 35 es punible en lo fundamental, salvo cuando se produce a través de un pariente o de una persona cercana. Si bien a veces se defiende una opinión divergente que se apoya en la suposición de que el legislador habría renunciado aquí de manera general a “obligar la observancia de

(77) HIRSCH, LK (10a. ed.), art. 35, n. marg. 77; otra opinión en SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, “StGB”, 23^{ava.} ed., 1988, art. 35, n. marg. 44.

su norma utilizando a la pena como medio⁽⁷⁸⁾. Pero no solamente se opone a la impunidad el principio de la accesoriedad limitada que si bien presupone un hecho principal antijurídico para la punición de la participación, no presupone uno culpable (arts. 26, 27 y 29). También la misma doctrina sobre el estado de necesidad habla en contra de una impunidad del partícipe, pues el hecho de estado de necesidad es desaprobado por el legislador y debe ser impedido por la norma. Si se practica tolerancia con el autor, atendiendo a su situación apurada y se renuncia a la pena, entonces, para un tercero que no se encuentra en esta situación no se ha dado precisamente la circunstancia que fundamenta la exclusión de la responsabilidad. Si se permitiera la impunidad, entonces se estaría evadiendo la decisión del legislador quien ha liberado de pena la ayuda en estado de necesidad solamente para los parientes y personas cercanas. Lo mismo rige para el coautor. Cuando de entre dos coautores solo uno actúa bajo los presupuestos del estado de necesidad excluyente de la responsabilidad (p. ej., porque el otro tiene un deber elevado de portar el peligro según el art. 35, primer párrafo, segunda oración), el otro seguirá siendo punible. Por cierto que a la punibilidad del partícipe en el estado de necesidad solamente le corresponde una mínima importancia práctica, pues cuando el tercero extraño ha creado o aprovechado la situación de estado de necesidad con la finalidad de dañar a un tercero, existe una autoría mediata. Cuando, p. ej. el tercero extraño hace depender la salvación de un peligro para la vida de que el rescatado cometa antes un delito (p. ej., matar a un camarada que corre la misma suerte), el primero no es inductor, sino autor mediato, pues domina el hecho al servirse de un intermediario del hecho no responsable. Así, para la participación solo quedan los casos de cooperación promotora o de apoyo, la cual no reduce más el campo de acción (limitado) del autor bajo estado de necesidad para tomar decisiones. Pero en tal medida también debe pensarse que la simple mención de la situación jurídica no puede ser punible. Quien, p. ej., explica a alguien incurso en una necesidad, que su

(78) RUDOLPHI, *SK*, 4^{ta}. ed. (Nov. 1983), art. 35, n. marg. 21; el mismo autor: "Ist die Beteiligung an einer Notstandstat i. S. der §§ 52, 53, Abs. 3 und 54 StGB strafbar?", *ZStW* 78, 1966, p. 66; MAURACH/ZIPF, "Strafrecht, AT I", 1987, cap. 33, n. marg. 40; MAURACH/GÖSSEL, "Strafrecht, AT 2", 7a. ed., 1989, cap. 53, n. marg. 95 y ss.

responsabilidad penal estaría excluida bajo los presupuestos del art. 35, no puede volverse punible cuando el que ha recibido la aclaración correcta comete a continuación un hecho de estado de necesidad. Finalmente también en los casos relativamente raros de la participación punible debe pensarse que para la medición de la pena tiene que contarse a favor del partícipe la preservación del bien jurídico, reductora del injusto, la cual ha sido causada por él junto con la lesión del bien jurídico.

Acerca del fundamento penal de la tentativa (*)



Ningún participante olvidará el Coloquio de Derecho Penal germano-japonés, realizado en septiembre de 1988 en la Universidad de Colonia, y en el cual Haruo Nishihara, el ilustre homenajeado ahora, tuvo a su cargo el discurso de apertura⁽¹⁾. Un tema central de las discusiones dogmático-penales de estas jornadas fue la cuestión de si el Derecho penal debería orientarse más en criterios objetivos que en criterios subjetivos. Mientras que la ciencia alemana prefiere mayoritariamente concepciones subjetivas, en el Japón predominan más bien las tendencias objetivas. La problemática se vuelve especialmente clara en el fundamento penal de la tentativa, el cual fue tratado con detalle por tres ponencias⁽²⁾ durante las jornadas, y que también jugó un papel muy importante en el intercambio de opiniones. Esto me ha motivado a tratar nuevamente el tema sobre la base de la situación jurídica y la perspectiva alemanas. Ciertamente, en ello se muestra

(*) N. d. t.: artículo publicado bajo el título original en alemán "Über den Strafgrund des Versuchs" en el LH a Haruo Nishihara, Baden-Baden, 1998, p. 157 y ss.

(1) NISHIHARA, "Die Rezeption des deutschen Strafrechts durch Japan in historischer Sicht", publicado en Hirsch/Weigend (edit.), "Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland", 1989, pp. 13-17.

(2) En el libro mencionado en la nota 1: Ryuichi HIRANO, "Deutsche Strafrechtsdogmatik aus japanischer Sicht" (pp. 81-89); Yoshikatsu NAKA, "Der Strafgrund des Versuchs" (pp. 93-100); Thomas WEIGEND, "Die Entwicklung der deutschen Versuchslehre" (pp. 113-128).

también que debería merecer más atención de la que actualmente tiene en el Derecho alemán, una orientación más objetiva, tal como resalta en la ciencia y praxis japonesas.

Entiéndase, pues, este pequeño intento como la continuación de las conversaciones que tan fructíferamente comenzaron en Colonia hace diez años.

El fundamento de la tentativa atañe a la cuestión de por qué el legislador sanciona penalmente la tentativa en la medida prevista. La respuesta a ello es importante porque algunos problemas de la teoría de la tentativa ofrecen ayuda para la interpretación y porque proveen la base para cualquier juicio político-jurídico sobre su punibilidad. A continuación se esbozará primeramente una concepción personal y, seguidamente, se profundizará confrontando esta con las concepciones divergentes más importantes.

I. LA TENTATIVA COMO PUESTA EN PELIGRO CERCANA AL TIPO O INFRACCIÓN CERCANA AL TIPO DE LA NORMA, QUE CAUSA UNA CONMOCIÓN JURÍDICA (TEORÍA DE LA UNIFICACIÓN)

La formulación del título a la manera de frase puede expresarse en una oración como sigue: el fundamento penal de la tentativa radica en la necesidad preventivo-general o preventivo-especial de sancionar penalmente, la cual por regla general se derivará de la puesta en peligro dolosa cercana al tipo, pero excepcionalmente también a partir de una infracción normativa que conmociona al Derecho y que se manifiesta en una acción cercana al tipo.

La peculiaridad de esta concepción radica en que atribuye el fundamento penal de la tentativa a dos raíces distintas. Primero se basa en la puesta en peligro cercana al tipo, la cual se encuentra en la tentativa idónea, pero subsidiariamente incluye también la infracción de la norma cercana al tipo que causa una conmoción [o impresión] jurídica, la cual caracteriza a la tentativa inidónea. No obstante puede justificarse la preeminencia del principio de la puesta en peligro de la tentativa idónea a través de cuatro fundamentos, sin que por ello el merecimiento de pena –por cierto mínimo– de la tentativa inidónea tenga que ser cuestionado en lo fundamental.

En primer lugar, la circunstancia de que la pena para la tentativa puede ser menor que para la consumación (art. 23, segundo párrafo)⁽³⁾ habla a favor de que la tentativa se basa en la idea de la puesta en peligro. Pues, el que la puesta en peligro sea algo menor en relación con la lesión, es una idea que por lo demás también atraviesa nuestro Derecho penal; por ejemplo, al pensarse de manera más benigna a los delitos dolosos de peligro en relación con los correspondientes delitos de lesiones o con la amplia impunidad de las puestas en peligro culposas. Si, por el contrario, para el interés punitivo estuviera en primer plano la idea de la “infracción de la norma”, sería consecuente que la tentativa y la consumación tengan la misma sanción penal. Pues con respecto a la voluntad delictiva no hay diferencias entre la consumación y la tentativa.

En segundo lugar, para la importancia preponderante de la idea de la puesta en peligro en la punición de la tentativa puede hacerse valer el que las acciones que apuntan a la realización del tipo, pero que no son especialmente peligrosas, no deben tener una pena menor o no deben tener ninguna pena, tal como lo muestran la tentativa por una grave incomprensión [grob unverständige]⁽⁴⁾ y la tentativa irreal [o supersticiosa], igualmente impune según el Derecho alemán. Por el contrario, también aquí existen actos de ejecución delictiva, según la representación del autor; si en este componente subjetivo (en la infracción de la norma) radicara el fundamento esencial de la tentativa, sería desatinado retirar tan ampliamente la punibilidad.

(3) Todas las referencias a artículos se dirigen al StGB alemán.

(4) N. d. t.: el art. 23, tercer párrafo del StGB alemán, conoce un tipo de tentativa que atenúa la sanción penal o puede llevar a eximir de sanción penal: la **tentativa por “grave incomprensión”**. Para la doctrina alemana, esta tentativa es diferente de la “tentativa inidónea”, punible en lo fundamental, o que la “tentativa irreal” que siempre es impune. Con la **tentativa inidónea** se diferencia en que constituye solamente una parte de aquella, en los casos en que hubo error grave en el sujeto activo sobre la plena idoneidad de su acción para llegar a la consumación, especialmente en cuanto a errores de un ciudadano con conocimientos promedio referido a la relación causal; p. ej., cuando cree que el azúcar tiene facultades venenosas. Con la **tentativa irreal** existe la diferencia de que esta siempre presupone la creencia en supersticiones, es decir, en fuerzas sobrehumanas, distintas de las conocidas según las leyes de la naturaleza. Ver al respecto ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖEDER, “Strafgesetzbuch”, Múnich, 1997, p. 359 y ss., n. marg. 12 y ss.

En tercer lugar, solo puede explicarse también la punición de los actos preparatorios, tal como se encuentra en varios lugares de la ley, porque el legislador la considera especialmente peligrosa pese a su amplia lejanía del resultado. Cuando, p. ej., es punible la concertación para delinquir (art. 30, segundo párrafo), a diferencia de la resolución criminal de un autor solitario, que se manifiesta en los masivos actos preparatorios, esto se debe a la puesta en peligro especialmente peligrosa, la cual, según la opinión del legislador parte de la obligación contraída, de la vinculación volitiva. Ambas conductas no se diferencian en lo referente a la voluntad delictiva y a la cercanía al hecho, de manera que no puede explicarse el tratamiento legal diferenciado que surge de allí. Pero si en la punición de los actos preparatorios pasa a primer plano claramente la idea de la puesta en peligro, sería una contradicción valorativa hacer que rijan algo distinto en la fundamentación penal de la tentativa.

En cuarto lugar, solo la punibilidad de la tentativa idónea puede armonizar sin más con los fundamentos dogmáticos y de Estado de Derecho de nuestro Derecho penal, mientras que la tentativa inidónea, como particularidad dogmática, precisa de una justificación adicional. El Derecho criminal alemán es un Derecho penal del tipo. La tentativa idónea se mantiene dentro del marco que de allí se deriva pues ella constituye una cuasi-realización del tipo y un hecho penal de puesta en peligro sui generis, parecido a un delito de peligro concreto⁽⁵⁾, por lo que cuenta entre las reconocidas formas delictivas. Esto concuerda con el hecho de que la tentativa idónea es un nivel previo a la consumación, de la misma manera que lo es la puesta en peligro. Todos estos presupuestos faltan en la tentativa inidónea, la cual no solo es irrelevante para el tipo, sino también inofensiva y no lleva a ningún sitio. Igualmente, solo la tentativa idónea encaja dentro de la teoría de la imputación objetiva, constitutiva del tipo⁽⁶⁾: la tentativa idónea consiste en la creación de un peligro no permitido, cuya realización

(5) No existe una identidad, pues en un delito de peligro concreto el resultado solo queda sin producirse por una casualidad, mientras que en la tentativa idónea la frustración puede deberse a acciones de defensa previstas en el plan.

(6) Así también WEIGEND, ver nota 2, 1989, p. 127.

caracteriza a la consumación. Pero precisamente en la tentativa inidónea no existe ningún riesgo.

Por otro lado, la tentativa inidónea tiene tantos parecidos con la tentativa idónea, que se puede justificar incluir la primera, en principio, en la punibilidad de la segunda como una forma deficitaria de la tentativa. En primer lugar, la tentativa inidónea se equipara a la idónea desde el punto de vista de la necesidad preventivo-especial de pena: el autor de la tentativa idónea al igual que de la inidónea, al entrar en el estadio de los actos de ejecución (aun cuando esta entrada solo ocurra en su imaginación) muestra que es capaz y tiene la voluntad de cometer el delito (reservándose de un desistimiento). En consecuencia, no puede hablarse de que la punición de la tentativa inidónea desemboque en un Derecho penal de la actitud interna, pues el autor no solamente ha demostrado su voluntad negativa, sino también la ha volcado en acciones de ejecución.

Por cierto que, del lado del tipo, y con ello en sentido objetivo y bajo puntos de vista preventivo-generales, ambos tipos de tentativa no son equiparables. Pues mientras que la tentativa idónea atañe a la esfera del tipo y desafía, debido a la puesta en peligro que radica en ella, una reacción del ordenamiento jurídico, en la tentativa inidónea, un peligro cercano al tipo solo existe en la representación del autor. Si esto significara que la tentativa inidónea fuera objetivamente una nulidad, su punición difícilmente podría justificarse, pues una pena solo puede ser justificada por los efectos de dañosidad social de una conducta y no solamente por la peligrosidad de un autor. Pero aquí tampoco faltan tales efectos dañosos socialmente. Pues la tentativa inidónea fundamenta, después de todo, una perturbación de la paz; altera el sentimiento de seguridad jurídica de la generalidad y ocasiona, a través de esto, una "impresión de conmoción jurídica". Cuando alguien, p. ej., lanza una bomba, la cual no pudo estallar a consecuencia de un error de construcción desconocido por el autor –aunque reconocible–, esto provocará inquietud en la colectividad y frecuentemente la exigencia de una intervención sancionadora del Estado. Ciertamente, esta inquietud y la necesidad de sanción son esencialmente menores que si la bomba hubiera realmente estallado y solamente por un milagro no hubiera lesionado a nadie. Precisamente aquí radica la diferencia, respecto al daño

social, entre la tentativa idónea y la inidónea. La tentativa inidónea es un delito de perturbación de la paz sin una puesta en peligro real.

Por cierto que la vida común pacífica entre ciudadanos es considerablemente menos perturbada por una tentativa inidónea que por una idónea, tal como debiera resultar claro a través de las dos variantes del ejemplo de la bomba. Por ello se plantea la cuestión sobre cómo podría justificarse que la tentativa idónea y la inidónea –independientemente del art. 23, tercer párrafo– estén bajo el mismo marco penal. Esto puede explicarse por el hecho de que la culpabilidad, que en primera línea sirve de orientación para la pena, es la misma en el autor de la tentativa inidónea como en el de la idónea y que, en muchos casos, tampoco se diferencian las necesidades de pena preventivo-especiales. El menor peso objetivo de la tentativa inidónea puede hacerse valer para atenuar la pena al considerar las consecuencias del hecho (art. 46, segundo párrafo).

Por otro lado, la atribución aquí realizada de la tentativa inidónea a los dos elementos (la peligrosidad subjetiva del autor y la impresión objetiva de la conmoción jurídica) explica sin problemas la menor punición de la tentativa por una grave incomprensión [grob unverständlich] y la plena impunidad de la tentativa irreal. Pues el efecto perturbador de la paz de una tentativa por grave incomprensión es considerablemente menor que en las acciones de tentativa (incluso inidónea) que, por su planificación y su ejecución, deben ser tomadas seriamente en cuenta. Una tentativa por grave incomprensión provoca más hilaridad que preocupación; por eso puede tratarse con más benignidad o incluso eximirse totalmente de sanción. La tentativa supersticiosa, finalmente, en la cual el autor se sirve de fuerzas irreales (como la magia), provoca solo movimientos negativos con la cabeza y dudas sobre la salud mental del autor. Por ello, dado que sus efectos sociales son irrelevantes, puede quedar totalmente impune.

La concepción aquí desarrollada es una teoría unificadora, en la cual se vinculan elementos de la teoría “objetiva” de la peligrosidad, elementos de la “teoría (subjetiva) del autor” y de la “teoría de la impresión”. Ella explica la tentativa idónea con la nueva teoría de la peligrosidad (comp. 2) y fundamenta la punibilidad de la tentativa inidónea, en sentido sub-

jetivo, con ayuda de la teoría del autor (comp. 3), y en sentido objetivo, mediante la teoría de la impresión (comp. 4). Luego, esta teoría no puede clasificarse preponderantemente en una concepción subjetiva u objetiva, sino lleva a una síntesis entre los numerosos elementos subjetivos y objetivos de la tentativa. La exposición alberga con ello una teoría que ya había sido desarrollada en una manera muy similar (pero por cierto de manera mucho más breve) por Kohlrausch/Lange. Según ellos⁽⁷⁾: “Teoría de la unificación. La tentativa punible se da cuando la acción era peligrosa para el bien jurídico atacado o cuando muestra al autor como peligroso atacante del bien jurídico”. Entonces, también aquí se separan claramente las dos raíces de la tentativa punible: la peligrosidad objetiva del hecho y la peligrosidad subjetiva del autor. Tampoco se soslaya el lado objetivo de la tentativa inidónea cuando se dice: “Adicionalmente hay que considerar de manera preventivo-general la impresión hacia afuera”.

Cuando aquí se deduce la tentativa de dos raíces –primariamente de la puesta en peligro cercana al tipo y subsidiariamente de la infracción de la norma cercana al tipo y que causa conmoción al Derecho–, esto debe aguzar la comprensión de que no es tan evidente la punibilidad de la tentativa inidónea (o de todas sus formas de aparición), tal como por lo general se supone en Alemania⁽⁸⁾. Todavía alrededor de 1930 casi la totalidad de la ciencia alemana veía en la puesta en peligro el único motivo de punición de la tentativa; e incluso actualmente en el Derecho extranjero (p. ej. en Austria, Italia, Holanda, Estados Unidos, Japón) la tentativa inidónea es, en muchos casos, impune⁽⁹⁾. El que la ciencia alemana hoy en día solo rara vez plantee problemas para el merecimiento de pena de la tentativa inidónea guarda relación, según la historia dogmática, con el reconocimiento del injusto personal impuesto por la teoría final de la acción: puesto que a la tentativa inidónea se le atribuye el mismo desvalor de la acción que a la tentativa idónea, no se pone en duda su merecimiento de pena. Pero con ello

(7) KOHLRAUSCH/LANGE, StGB, 1959 (42^{da}. ed.), com. previo art. 43, tercer párrafo, núm. 3.

(8) En este sentido también DICKE, *Jus*, 1968, p. 157 y ss.; RUDOLPHI, LH a Maurach, 1972, p. 51 (70 y ss.); WEIGEND, ver nota 2, 1989, p. 128.

(9) Comp. JESCHECK/WEIGEND, “Strafrecht. AT” (5^{ta}. ed.), cap. 49 IX; y especialmente sobre el Derecho japonés, NAKA, ver nota 2, 1989, p. 93 y ss.

se pasa por alto que a la tentativa también le debe corresponder un desvalor específico de resultado (peligrosidad o perturbación de la paz, el cual, si bien no está ausente en la tentativa inidónea, es considerablemente menor).

Por eso, además de los mencionados buenos motivos para la punibilidad de la tentativa inidónea, hay también apreciables argumentos en contra. Uno podría preguntarse si realmente necesita punición una tentativa totalmente inidónea, y por ello inocua in concreto, cuando queda impune un autor con un proyecto delictivo idóneo y altamente peligroso que fracasa faltándole muy poco para alcanzar la frontera de la tentativa. También puede dudarse de la necesidad de sanción penal por el hecho de que las tentativas inidóneas que no son cometidas de forma típicamente delictiva (el decidido a envenenar vierte sin querer azúcar en el café), apenas podrían ser descubiertas y por ello, generalmente, permanecen impunes por este motivo. Luego, el que se sancione penalmente la tentativa inidónea, no se deriva sin más de un solo motivo penal de la tentativa, válido para todos los casos, sino necesita una decisión especial del legislador que amplíe y complete el fundamento penal de la tentativa idónea. La decisión que ha tomado el legislador alemán es, por cierto, defendible, pero de ninguna manera obligatoria.

II. LAS TEORÍAS OBJETIVAS DE LA TENTATIVA

Las teorías objetivas que, tal como se ha expuesto y en contra de la actual concepción mayoritaria en Alemania, mencionan correctamente el motivo penal de la tentativa para el caso normal de la tentativa idónea, predominaban antes en Alemania. Por cierto que el StGB de 1871 también había dejado abierta expresamente la punibilidad de la tentativa inidónea⁽¹⁰⁾. Hoy en día, estas teorías ya no son apropiadas para explicar plenamente la punibilidad de la tentativa, debido a la indudable punibilidad de la tentativa inidónea en el Derecho vigente. Pero aún así ellas deben ser todavía explicadas debido a su importancia para la tentativa idónea. No obstante, la explicación puede ser realizada de manera breve, pues ya han sido ponderadas las ventajas de estas teorías en el marco de nuestra propia

⁽¹⁰⁾ Comp. al respecto RG, s. penal, t. 1, p. 439 (411); von HIPPEL, "Strafrecht II", 1939, p. 416, c. más ref.

concepción, y las parcialmente complicadas cuestiones de la delimitación entre tentativa idónea e inidónea, que antes habían determinado la discusión, ya no necesitan ser tratadas con profundidad, pues carecen de importancia debido a la punibilidad de la tentativa inidónea.

La designación de estas teorías como “objetivas” lleva a confusión. Pues cualquier teoría “objetiva” tiene que incluir en sí elementos subjetivos: el dolo y el plan del hecho también son importantes para determinar la tentativa en cualquier teoría objetiva. Por eso, hubiera sido mejor hablar de teorías de puesta en peligro o, en todo caso, de teorías mayoritariamente objetivas. Sin embargo, para no dificultar la comprensión, también se empleará aquí la terminología tradicional.

Deberá tenerse como una verdadera forma de teoría objetiva a la (nueva) teoría de la peligrosidad⁽¹¹⁾, la cual considera como idónea a la tentativa peligrosa, determinando el peligro igual como ya antes lo había hecho la teoría de la adecuación y como lo hace ahora la teoría de la imputación objetiva. Según ella, una tentativa es peligrosa (y con ello, idónea) cuando un observador promedio razonable, el cual está provisto además con cualquier conocimiento especial del autor, tuvo que haber considerado ex-ante que el resultado era seriamente posible. Esto puede ilustrarse imaginando los comentarios sobre los hechos de nuestro espectador hipotético acabado de describir. En la tentativa idónea este gritaría al autor: “Déjalo”; en la inidónea: “Oye tonto”⁽¹²⁾.

El primero que defendió la teoría de la peligrosidad en esta forma fue Von Liszt⁽¹³⁾; después fue von Hippel quien la perfeccionó brillantemente⁽¹⁴⁾. Esta teoría es preferible a otras expresiones de la teoría objetiva,

(11) La denominación proviene de von HIPPEL, “Strafrecht II”, 1939, p. 425.

(12) Von HIPPEL; “Strafrecht II”, 1930, p. 428.

(13) En todas las ediciones de su “Manual”, la última en 1919 (21a./22a. ed.), p. 200. La posterior reelaboración de Eb. Schmidt (1927, 25^{ta.} ed., p. 302 y ss.) la transformó en la teoría de la “ausencia de tipo”. Von HIPPEL comenta esto: “Con ello se ha separado del Manual de von Liszt una de sus partes más brillantes” (“Strafrecht II”, 1930, nota 4).

(14) Von HIPPEL, “Strafrecht II”, 1930, cap. 30; otros seguidores de esta doctrina ver en op. cit., p. 427, nota 1. Comp. al respecto también en el discípulo de von Hippel, Hans HENCKEL, “Der Gefahrbegriff im Strafrecht”, 1930, p. 37 y ss.

pues armoniza con el concepto de peligro de la teoría de la imputación objetiva y, con ello, se integra sin rupturas en los fundamentos dogmáticos de la teoría del tipo. Una de las debilidades de esta teoría objetiva de la tentativa, al igual que de todas las que solamente se basan en la idoneidad de la acción del autor, radica en que el concepto de peligrosidad no constituye un parámetro para la delimitación entre tentativa y acto preparatorio impune: también los actos preparatorios ya constituyen un peligro que se incrementa continuamente hasta llegar al resultado. Es mejor para la delimitación basarse en un peligro concreto⁽¹⁵⁾. No obstante, no toda tentativa idónea constituye un peligro concreto tal como hoy se entiende este concepto⁽¹⁶⁾. Por ello, sería mejor hablar de un peligro cercano al tipo, y con ello, de un peligro sui generis.

III. LAS TEORÍAS SUBJETIVAS DE LA TENTATIVA

Según la teoría subjetiva, propugnada por la jurisprudencia, el fundamento penal de la tentativa radica en la puesta en acción de la voluntad hostil al Derecho [Betätigung des rechtsfeindlichen Willens] a través del autor. Esta concepción ha sido defendida desde antiguo por el Tribunal del Reich, y asumida por el Tribunal Supremo sin esforzarse por realizar una fundamentación independiente⁽¹⁷⁾. Frecuentemente se afirma que desde 1975 esta teoría constituye la base del Derecho vigente. Así, la Comisión especial para la reforma penal habla de “la teoría subjetiva de la tentativa reconocida expresamente en el nuevo StGB”⁽¹⁸⁾. Por otro lado, también en la literatura ella no deja de tener adeptos⁽¹⁹⁾.

(15) Von HIPPEL, “Strafrecht II”, 1930, p. 425 y ss.

(16) Sobre la explicación de la diferencia comp. supra nota 4.

(17) RG, s. penal, t. 1, p. 439; t. 1, p. 451; t. 8, p. 198; t. 17, p. 158; t. 24, p. 382; t. 38, p. 423; t. 42, p. 92; t. 47, p. 189; t. 49, p. 20; t. 50, p. 35; t. 58, p. 303; t. 60, p. 138; BGH, s. penal, t. 11, p. 324 (327).

(18) En ese sentido, BAUMANN/WEBER, “Strafrecht AT” (9^{na.} ed.), cap. 32, I, 2c; crítica y acertadamente MEYER ZStW 87 (1975), p. 603.

(19) Comp. por mencionar solo la literatura reciente, BAUMANN/WEBER, “Strafrecht AT”, (9a. ed.), cap. 32, I, 2, c; DREHER/TRÖNDLE (48^{ava.} ed.), cap. 22, n. marg. 24; LANCKNER (21^{ava.} ed.), cap. 22, n. marg. 11.

La fundamentación de la teoría subjetiva se apoya sobre todo en dos argumentos, contenidos ya antes en una sentencia de la Cámara penal unificada del Tribunal del Reich (RG, s. penal, t. 1, p. 439). En primer lugar, el RG opina que “no podría haber dudas de que en la tentativa la voluntad criminal es aquel fenómeno contra el cual se dirige la ley penal, a diferencia del resultado antijurídico manifestado en la consumación y proveniente de la voluntad criminal. Propiamente dicho, cualquier referencia a la consumación como opuesto de la tentativa tendría que quedar fuera de consideración, y no debería exigirse más que el pensamiento criminal se hubiera manifestado en acciones externas” (idem, p. 441 y s.).

Junto a este énfasis en la voluntad criminal, aparece como un segundo argumento principal la idea de que no podría diferenciarse entre tentativas peligrosas y no peligrosas, porque en cada tentativa faltaría la causalidad para el resultado. Puesto que no podría distinguirse entre las diferentes formas de causalidad y de no-causalidad, cualquier tentativa resultaría no peligrosa: “Ya que, si la acción, en el caso concreto, no ha lesionado el bien jurídico, esto demuestra rotundamente que no podía lesionarlo en el caso concreto; y si no estaba en condiciones para ello, entonces la acción no ha puesto objetivamente en peligro al bien jurídico...”.

Estos fundamentos no son convincentes⁽²⁰⁾, e incluso tampoco cuando, siguiendo el derecho vigente, se parte de la punibilidad fundamental de la tentativa inidónea. En lo que concierne primero a la voluntad criminal puesta en actividad como fundamento de la punibilidad de la tentativa, se objetan tres cosas. En primer lugar, esta suposición no puede explicar por qué la tentativa solo en una parte de los casos (y aun entonces por regla general) es penada de manera más benigna que la consumación, por qué en la tentativa por una grave incompreensión (según el art. 23, tercer párrafo) la pena se reduce aún más e incluso puede prescindirse de ella, y por qué la tentativa supersticiosa es totalmente impune. Pues en todos

(20) Comp. acerca de la crítica de la teoría subjetiva de la tentativa, entre otros, von HIPPEL, “Strafrecht II”, 1930, p. 421 y ss.; SPENDEL, *NJW* 1965, p. 1881; DICKE, *JuS* 1968, p. 157; WEIGEND, como en la nota 2, 1989, p. 123 y ss.; JAKOBS “Strafrecht AT” (2^{da} ed.), cap. 25, n. marg. 17.

estos casos se da por igual una actividad de la voluntad hostil al derecho, de manera que las diferencias de punibilidad solo pueden ser explicadas por graduaciones de la peligrosidad (comp. supra 1).

En segundo lugar, la teoría subjetiva tampoco puede aclarar por qué los actos preparatorios son fundamentalmente impunes; pues también en ellos se manifiesta una voluntad hostil al derecho. La teoría subjetiva también ha llevado, pues, a un dudoso adelantamiento de la punibilidad de la tentativa en la jurisprudencia del RG⁽²¹⁾, el cual ha tratado de ser corregido por el legislador de la nueva Parte General a través de la fórmula conceptual del art. 22. Ya esta circunstancia muestra lo errado que es el que la Comisión especial hable de un reconocimiento legal de la teoría subjetiva. Por el contrario, la normal impunidad de los actos preparatorios resulta sin más de su escasa peligrosidad (comp. ya supra 1).

Finalmente, tampoco convence que la tentativa deba ser algo totalmente opuesto a la consumación (RG, s. penal, t. 1, p. 441) al considerar que en aquella el fundamento penal sea la voluntad, mientras que en esta lo sea el resultado. Pues con ello se desconoce que la tentativa, por regla general, constituye un estadio de tránsito y previo a la consumación y, con ello una afección real del bien jurídico, aunque solo en forma de una puesta en peligro. La suposición de una relación de oposición separa a la tentativa del tipo y rompe el sistema del Derecho penal en dos partes separadas. Esto no se corresponde con los fundamentos dogmáticos de nuestro Derecho penal (comp. supra 1).

El segundo argumento del RG, de que la no-producción del resultado siempre probaría la no-peligrosidad de la acción del autor, de tal manera que no podría diferenciarse por este motivo entre acciones peligrosas y no peligrosas del autor, ha sido hoy en día claramente desvirtuada y es apenas defendida⁽²²⁾. Este argumento se basa en la teoría de la equivalencia

(21) Una impresionante recopilación de esta jurisprudencia en MAURACH/GÖSSEL, "Strafrecht, AT" (7a. ed.), cap. 40, n. marg. 29 y ss., en donde se enfatiza acertadamente "que el extremo subjetivismo violenta la ley" (n. marg. 37).

(22) Se exceptúa a BAUMANN/WEBER, "Strafrecht, AT" (9a. ed.), cap. 32, I, 2, c: toda tentativa mostraría "a través de su no-consumación, que era inidónea para madurar en un hecho delictivo consumado".

de von Buri y en la conclusión naturalística equivocada de que no habría más diferencias que las causales, en la cual también se basa la similarmente errónea teoría subjetiva de la participación. Pero naturalmente puede diferenciarse entre acciones ex-ante peligrosas y no peligrosas, tal como desde hace tiempo lo hacen la teoría de la adecuación y la teoría de la imputación objetiva. También el legislador emplea el concepto de peligro en distintos contextos, si bien no siempre con el mismo contenido (comp. solamente los arts. 34, 35, 223a, 315a, b y c), lo cual no sería posible si no existiera algo así. Ya von Hippel⁽²³⁾ ha juzgado sarcástica, pero acertadamente: “Según von Buri y el Tribunal del Reich, todos nuestros participantes en la guerra que regresaron a casa no estuvieron expuestos a ningún peligro. Si bien ellos decían que sí..., esto era un... error. ¡Solo estuvieron en peligro los que cayeron! Puesto que el curso causal es objetivamente necesario, ¡quien quedó vivo, tampoco estuvo en peligro!”

Entonces, la teoría subjetiva no es sostenible en su forma conocida hasta ahora y contradice el Derecho vigente. Dos modernas variantes de la teoría subjetiva formulan mejor sus aspectos acertados, pero tampoco son apropiadas para servir como el único fundamento penal de la tentativa.

Una “rama de la teoría subjetivista de la tentativa”⁽²⁴⁾, nunca perfeccionada, pero digna de atención, sigue una “orientación preventivo-especial en la peligrosidad del autor” (teoría del autor). Esta concepción se remite a E. von Liszt⁽²⁵⁾, para el cual el fundamento penal de la tentativa es “la voluntad maligna comprobada una vez y, según toda probabilidad, duradera... la cual todavía puede procrear miles de nuevas acciones peligrosas. También Lange (comp. sobre este autor supra 1)⁽²⁶⁾ considera que existe una tentativa punible cuando la acción muestra “al autor como un atacante peligroso” del bien jurídico. También la concepción

(23) Von HIPPEL, “Strafrecht II”, 1930, p. 422.

(24) Sobre esto y lo que sigue, WEIGEND, como en nota 2, 1989, p. 118.

(25) E. v. LISZT, *ZStW* 25 (1905), pp. 24, 27 y 36.

(26) KOHLRAUSCH/LANGE, “StGB” (42^{ava.} ed.), 1959, com. previo, art. 43, tercer párrafo, número 3. Sin embargo, allí se evita basarse unilateralmente en la teoría del autor a favor de la teoría de la unificación, también aquí representada (comp. ya supra 1).

de Bockelmann⁽²⁷⁾, “de que la tentativa recién puede existir donde el dolo delictivo ha pasado la prueba de fuego de la situación crítica” puede emplearse para la teoría del autor.

Esta concepción reconoce acertadamente el componente preventivo-especial de la punición de la tentativa (comp. supra I). Ella también puede explicar mejor que la teoría puramente subjetiva, basada en la “voluntad”, la impunidad de los meros actos preparatorios y la menor punición de la tentativa por grave incomprensión. Pues recién se muestra que alguien es capaz de cometer un delito, que es un “atacante peligroso”, cuando sobrepasa el umbral de la tentativa sobre la base de su representación. También es evidente la mínima peligrosidad del autor bajo una grave incomprensión.

Pero esta teoría del autor, si se pretende que solo ella pueda fundamentar la punición de la tentativa, se ve expuesta a la objeción de que en un Derecho penal del hecho no es suficiente para la punición solo una peligrosidad, por más elevada que sea. También es conocido que no siempre existe una necesidad de punición preventivo-especial, ni siquiera en los delitos consumados; en las tentativas inidóneas esto será todavía más frecuente. Luego, para legitimar la punición de la tentativa se tiene que recurrir siempre también a la puesta en peligro objetiva o por lo menos a la perturbación de la paz desencadenada por el autor.

También podrá verse a la concepción de JAKOBS⁽²⁸⁾ como una variante de la teoría subjetiva, puesto que, según ella, “el fundamento penal de la tentativa (consiste en) la expresión de un quebrantamiento de la norma”. Tal quebrantamiento de la norma faltaría en la tentativa supersticiosa: “Una norma realmente existente no será quebrantada cuando el autor, al formar su dolo, especialmente al escoger sus medios, parte de una configuración del mundo no relevante comunicativamente”.

Esta teoría explica bastante bien la punibilidad de la tentativa inidónea al hacer valer, acudiendo a la “expresividad”, también su lado objetivo. Ella también evita la estricta separación entre consumación orientada al

(27) BOCKELMANN, *JZ* 1954, p. 473.

(28) JAKOBS, “Strafrecht, AT” (2^{da}. ed.), cap. 25, n. marg. 21.

resultado y tentativa portadora de la voluntad, la cual es el punto de partida de la teoría subjetiva y de la jurisprudencia; pues ve en la tentativa y en la consumación por igual “un ataque perfecto a la validez de la norma”⁽²⁹⁾. Pero esta teoría prueba demasiado: cuando no existe ya ninguna diferencia entre hecho consumado y tentativa inidónea en relación con el injusto, esto se vuelve precisamente en el prototipo del injusto. Al ver JAKOBS en el delito “no primariamente la producción de lesiones a bienes”, sino “la lesión de la validez de la norma”⁽³⁰⁾, se aparta de los fundamentos objetivos del Derecho penal del hecho a favor de una subjetivización, la cual se aproxima mucho al Derecho penal de la actitud interna. Las graduaciones de punibilidad entre consumación, tentativa y tentativa por grave incomprensión ya no pueden ser explicadas si todas estas conductas contienen el mismo “ataque perfecto a la validez de la norma”.

También sería consecuencia de esta concepción la punición de los actos preparatorios como “quebrantamiento expresivo de la norma”. Si bien JAKOBS quiere evitar esto exigiendo un quebrantamiento de la norma “cercano al tipo”⁽³¹⁾, esta restricción por sí misma correcta no puede ser fundamentada a partir de su concepto teórico⁽³²⁾. ¿Por qué el quebrantamiento de la norma debe estar “cercano al tipo” si para el injusto no importa en absoluto la lesión de bienes protegidos en los tipos? Se tiene que concordar con el resumen efectuado por WEIGEND⁽³³⁾: “Si el injusto merecedor de pena radica en la activa oposición contra el valor social protegido penalmente, entonces no solo se carece de criterios capaces de ser fundamentados teóricamente para una delimitación entre tentativa y actos preparatorios, sino incluso de una explicación para el hecho de que actos preparatorios ‘inequívocos’ sean siquiera exceptuados de la punibilidad”.

(29) JAKOBS, “Strafrecht, AT” (2^{da}. ed.), cap. 25, n. marg. 17.

(30) JAKOBS, “Strafrecht, AT” (2^{da}. ed.), cap. 25, n. marg. 15.

(31) JAKOBS, “Strafrecht, AT” (2^{da}. ed.), cap. 25, n. marg. 21.

(32) Así también WEIGEND, como en la nota 2, 1989, p. 125, nota 64.

(33) WEIGEND, como en la nota 2, 1989, p. 125.

IV. LA TEORÍA DE LA IMPRESIÓN

Una teoría, defendida antes aisladamente⁽³⁴⁾ y ahora con más frecuencia y con diversas acentuaciones⁽³⁵⁾, basa el fundamento penal de la tentativa en la impresión de conmoción jurídica que ocasiona la conducta del autor. Aun cuando no se produce el resultado, la conducta del autor fundamenta una perturbación de la paz social que exige una sanción. Esta teoría mantiene un término medio entre lo subjetivo y lo objetivo, entre injusto de la voluntad y la puesta en peligro, tomando como motivación para la punición no solamente la voluntad criminal puesta en acción, sino también la impresión que causa en la colectividad, pero sin exigir una puesta en peligro, la cual solo se presenta en la tentativa idónea. Ella también explica bastante bien la diferencia de punibilidad entre consumación, tentativa común, tentativa por grave incomprensión y tentativa supersticiosa: la impresión que conmociona jurídicamente, y con ello la necesidad de pena, disminuye cada vez más en el orden descrito. Igualmente se puede decir que los actos preparatorios quedan plenamente impunes porque todavía no ocasionan una impresión que conmocione jurídicamente, o que esa impresión es todavía tan pasajera que no exige una punibilidad.

(34) Acerca del desarrollo histórico ampliamente ZACZYK, "Das Unrecht der versuchten Tat", 1989, p. 21 y ss. Anteriores defensores de esta teoría son, entre otros, BÜNGER, *ZStW* 6 (1886), p. 291 y ss., 361; HORN, *ZStW* 20 (1900), p. 309 y ss., 357; von BAR, "Gesetz und Schuld im Strafrecht II", 1907, p. 490 y ss., 527 y ss.; von GEMMINGEN, "Die Rechtswidrigkeit des Versuchs", 1932.

(35) Comp. entre muchos otros GRÜNWARD, LH a Welzel, 1974, p. 712; LK (10^{ma}. ed.)-VOGLER, com. previo art. 22, n. marg. 52; MAURACH/GÖSSEL, "Strafrecht AT", t. 2 (7a. ed.), cap. 40, n. marg. 40 y ss.; J. MEYER, *ZStW* 87 (1975), p. 604; PAPAGEORGIU, "Wo liegt die Grenze zwischen Vorbereitungshandlung und Versuch?", 1988, p. 200 y ss.; ROXIN, JuS 1979, p. 1; ESER en SCHÖNKE/SCHRÖDER (25^{ava}. ed.), com. previo art. 22, n. marg. 22; RUDOLPHI en SK (6^{ta}. ed.), com. previo art. 22, n. marg. 13 y ss.; SCHÜNEMANN, GA 1986, p. 311; WESSELS, "Strafrecht AT" (26^{ava}. ed.), n. marg. 594; WOLTER, "Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem", 1981, p. 79 (pero con justicia solo para el caso excepcional de la tentativa inidónea).

Aunque esta teoría es hoy en día casi dominante, ha experimentado decididas objeciones en nuevas publicaciones⁽³⁶⁾. No es acertada la objeción de que “las impresiones que conmocionan al Derecho” serían en la realidad demasiado cambiantes e indeterminadas como para poder explicar algo con ellas. Pues no pueden importar las impresiones de observadores reales, los cuales no tienen por qué estar presentes en el hecho. Lo decisivo tiene que ser si la acción del autor es apropiada para ocasionar una impresión de conmoción jurídica en un observador promedio imaginario que conoce todos los hechos externos e internos. Entonces, se trata de un juicio de valor. Pero incluso bajo esta base todavía persisten las dudas.

En primer lugar, al igual que en la teoría del “quebrantamiento expresivo de la norma” –teoría cercana a la de la impresión– es criticable que esta concepción encaje en todas las formas de aparición de la conducta delictiva, incluyendo a la consumación. Es decir que, en realidad, no contiene nada específico para la tentativa, y sin embargo atribuye todas las acciones punibles a un punto de vista que está precisamente elaborado para la tentativa inidónea (y cuyo lado “objetivo” efectivamente explica de manera correcta, comp. supra 1).

A continuación, solo de manera muy imprecisa puede delimitarse la tentativa de los actos preparatorios recurriendo a la “impresión de conmoción jurídica”. Y es que también las medidas preparatorias ya decididas son apropiadas para desestabilizar el sentimiento general de seguridad jurídica. Si bien la impresión de conmoción jurídica es cada vez más persistente conforme se acerque a la consumación, la frontera entre la impunidad y la punibilidad no se puede extraer del criterio de la impresión, sino de un punto de vista sobre la cercanía al tipo orientado en los fundamentos de Estado de Derecho de nuestro Derecho penal.

Finalmente, el criterio de la impresión aparentemente unitario tampoco cambia nada el que la impresión de conmoción jurídica que funda-

(36). Así p. ej. en JAKOBS, “Strafrecht, AT”, cap. 20, n. marg. 20; KÜHL, JuS, 1980, p. 507; el mismo autor, “Strafrecht, AT”, cap. 15, n. marg. 40 y ss.; WEIGEND, como en la nota 2, 1989, p. 121 y ss.; ZACZYK, como en la nota 33, 1989, p. 21 y ss.

menta la punibilidad de la tentativa sea derivada en parte de la objetiva puesta en peligro, y también en parte solamente de la perturbación de la paz ocasionada por el quebrantamiento de la norma. Luego, esta doble vía, de hecho inevitable para la fundamentación de la tentativa, tampoco puede ser realmente superada mediante el compromiso expresado en la fórmula de la teoría de la impresión.

Acerca de la tentativa en el Derecho penal (*)



La doctrina de la tentativa pone a la ciencia ante dos problemas centrales: por un lado, tiene que darse una delimitación entre la preparación [o “actos preparatorios”] y la tentativa; y, por otro lado, tienen que definirse con más detalle los presupuestos del desistimiento voluntario [n. d. t.: llamado usualmente “desistimiento espontáneo”]. Estos problemas son importantes debido a que su solución decide sobre la impunidad o la punibilidad: la preparación es por regla general impune mientras que la tentativa es punible; el desistimiento voluntario lleva a la impunidad, el involuntario deja subsistente la pena de la tentativa en toda su plenitud.

El Código penal mejicano para el Distrito Federal admite una tentativa “cuando la resolución a cometer el delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado...”. De manera muy similar ya se había pronunciado el antiguo Código penal alemán de 1871 al delimitar la preparación de la tentativa. Según ello, comete una tentativa “quien ha puesto en práctica la resolución a realizar un delito grave o un delito menos grave, mediante acciones que contengan un inicio de la ejecución de este delito grave o delito menos grave...”. Según la parte general del Código penal alemán vigente desde 1975, comete una

(*) Texto preparado para el dictado de un curso de dogmática penal a los alumnos de la Universidad Autónoma de Méjico en el año 2000 que no llegó a realizarse.

tentativa “quien, según su representación del hecho, da inicio inmediatamente a la realización del tipo”. Todas estas formulaciones dicen más o menos lo mismo. Pero, en lo particular queda sin determinar qué debe entenderse por “actos ejecutivos”, “inicio de la ejecución” o un “dar inicio inmediatamente”. Es tarea de la ciencia llegar a elaborar expresiones más concretas.

Similares dificultades resultan del desistimiento de la tentativa. El ya mencionado Código mejicano otorga libertad al autor “si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito”, mientras que el nuevo Código penal alemán renuncia a la pena, con palabras casi idénticas, cuando el autor “voluntariamente renuncia a continuar la ejecución del hecho o impide su consumación”. Pero ambas leyes no dicen cómo deben interpretarse, en caso de duda, los conceptos de renunciar, impedir o voluntariedad.

En lo que sigue quiero limitarme a estos dos problemas centrales. En primer lugar, trataré sobre la delimitación entre preparación y tentativa y, enseguida, sobre el desistimiento de la tentativa.

A. LA DELIMITACIÓN ENTRE ACTOS PREPARATORIOS Y TENTATIVA

Nuestro punto de partida es que toda tentativa tiene dos presupuestos conceptuales: una resolución hacia el hecho y el inicio de la ejecución. Es necesaria una resolución hacia el hecho porque la tentativa solo puede ser cometida dolosamente; no existe una tentativa imprudente. El inicio de la ejecución es necesario porque todo lo que está antes de este constituye una preparación impune. La impunidad de la preparación resulta de principios del estado de derecho de un Derecho penal. Según esto, la punición presupone, en realidad, una realización típica. La punibilidad de la tentativa extiende la aplicación de la pena a acciones que se encuentran en la frontera de la realización típica; o sea, trae consigo una ampliación relativamente baja de la punibilidad. La punición de actos preparatorios situados muy lejos de la realización típica llevaría a un ámbito sin límites y a reprimir actitudes internas reprobables. Por ello, los actos preparatorios solamente se penan en casos excepcionales y cuando se trate de delitos particularmente peligrosos, siguiendo disposiciones legales especiales.

I. La resolución hacia el hecho

1. *Resolución y dolo*

La resolución hacia el hecho se corresponde en lo esencial con el dolo, pero no es necesariamente idéntico a este. Y es que el autor, además del dolo, también debe presentar los demás elementos subjetivos del tipo. Entonces, la resolución a cometer un hurto presupone, junto al dolo de sustraer una cosa ajena, también la intención de apropiarse ilícitamente de ella; la estafa presupone, junto al dolo de dañar el patrimonio ajeno, también la intención de un enriquecimiento ilegal, etc.

La resolución hacia el hecho abarca todas las formas de dolo. Algunos autores discuten esto para el caso de la tentativa con dolo eventual. Luego, cuando un cazador dispara a un animal salvaje y al hacerlo cuenta seriamente con la posibilidad de alcanzar a un compañero de caza que está cerca de allí, quedaría impune cuando no se produjera el resultado. Por el contrario, la doctrina dominante sanciona penalmente por tentativa de homicidio con dolo eventual. Esto último me parece correcto. Y es que, en primer lugar, ni el derecho mejicano ni el alemán permiten reconocer que la tentativa y la consumación deban tener diferentes presupuestos subjetivos. Lo que es suficiente para el hecho consumado, tiene que constituir también una suficiente resolución hacia el hecho para el estadio intermedio que lleva a la consumación, o sea, para la tentativa. Y, en segundo lugar, la tentativa con dolo eventual también es merecedora de pena. Supóngase que el autor de una violación estrangula a su víctima para vencer su resistencia, poniéndola en grave peligro para su vida; o sea, le es indiferente que ella muera al hacer esto. Aun cuando la víctima sobreviva, no es apropiado rechazar una tentativa de asesinato solamente porque el estrangulador no tenía la intención de causar la muerte.

2. *Resolución no eventual y eventual*

Una resolución hacia el hecho tiene que ser incondicional. Si la voluntad del autor para cometer el delito depende de condiciones, todavía no existe una resolución. Sin embargo, cuando el autor tiene dudas sobre si va a consumir el hecho, está sometido a una evaluación variada según los

casos particulares. Se distinguen tres diferentes grupos de casos que voy a explicar basándome en ejemplos de la jurisprudencia alemana.

Comienzo con el primer grupo de casos: el autor, para amenazar y amedrentar a su víctima, le coloca a la vista una pistola cargada. Él todavía no sabe si quiere ir más allá de la amenaza y, con ello, tampoco si quiere disparar. Aquí se trata de un caso de disponibilidad hacia el hecho, la cual todavía no fundamenta una tentativa de homicidio. Y es que el autor precisamente todavía no está decidido a matar a su víctima. De igual modo ocurre cuando alguien que primero solamente falsifica un documento para probar su habilidad, se reserva la posibilidad de usarlo más tarde para engañar quizás en el tráfico jurídico. Aquí falta todavía la resolución para engañar en el tráfico jurídico, que es requisito de la falsificación documental. El autor solamente está dispuesto hacia el hecho.

El segundo grupo de casos se refiere a la resolución sobre la base de hechos conscientemente inseguros. Un ejemplo de ello es el caso en el cual el autor había sido descubierto cuando revisaba una estatua metálica de una tumba; él quería evaluar si la estatua contenía un metal valioso o uno de baja calidad. Si hubiera ocurrido lo primero, quería hurtarla inmediatamente después de la revisión, mientras que si hubiera ocurrido el segundo caso, hubiera dejado la figura en el cementerio. Aquí se presenta una resolución hacia el hecho y el autor también fue penado por tentativa de hurto. Y es que estaba decidido incondicionalmente a hurtar una figura de metal valioso; "condicional" (en el sentido de inseguro) solamente era la base fáctica del plan, o sea, la cuestión de si la estatua era valiosa o no. Dado que la ejecutabilidad de un plan delictivo es, en muchos casos, dudosa, esta circunstancia no puede impedir la resolución hacia el hecho y, dado el caso, una punición por tentativa.

El tercer grupo es el de la tentativa con reserva de desistimiento, o sea, el caso de que el autor, desde el principio, considera la posibilidad de desistirse todavía de la tentativa. Como ejemplo se tiene un caso en el cual una mujer quería matar, envenenándolo con gas, a su marido dormido, y ya había abierto la llave del gas. Solamente estaba esperando durante varias horas en la habitación contigua y meditaba sobre si debería rescatar todavía a su marido cerrando la llave del gas. Aquí también se presenta ya

una resolución incondicional hacia el hecho y, después de abrir la llave del gas, una tentativa punible de homicidio. Y es que el desistimiento voluntario presupone, según la regulación legal, una tentativa punible, y recién con posterioridad levanta esta punibilidad. Esto no puede ser cambiado para nada por el hecho de que el autor, desde el principio, se había reservado el desistimiento.

En el caso particular puede ser difícil distinguir entre los tres grupos de casos. En el ejemplo de la estatua de la tumba, cuando el autor dice que habría querido examinar primero el valor de la estatua para después decidir si quería hurtarla o no, esto sería un caso todavía impune de disponibilidad hacia el hecho. Pero se tendrá que dudar de si los tribunales le van a creer tal versión de los hechos. En general se puede partir de que, al entrarse objetivamente en el estadio de la ejecución, se presenta una resolución hacia el hecho. Así, cuando el ladrón de casas hubiera penetrado en un departamento ajeno, no se le va a admitir la disculpa de que quería primero observar los objetos del hurto para luego decidir sobre la comisión de un hurto. Más bien se tendrá que partir de que el autor ya estaba decidido a hurtar objetos valiosos para él y que solamente no era segura la presencia de estos (la base fáctica del plan). Solamente son difíciles los casos en los cuales la conducta objetiva del autor se adapta de igual modo a distintos planes delictivos. Quien dirige a otro una pistola cargada, puede querer con ello tanto disparar como amenazar. Aquí solamente se podrá penar por una tentativa de homicidio cuando se pueda probar al autor una resolución a ejecutar disparos.

II. El inicio de la ejecución

1. *La tentativa inacabada del autor inmediato*

El caso clásico del cual partimos es aquel del autor solitario que ejecuta por sí mismo el hecho. En esto hay dos tipos de tentativa: la tentativa inacabada y la tentativa acabada. Una tentativa es inacabada cuando el autor todavía no ha hecho todo lo que, según su representación, es necesario para consumar el delito. P. ej., si se le impide ejecutar el hurto cuando precisamente había alargado la mano para sustraer el objeto. Esta tentativa

es inacabada porque el autor todavía tuvo que haber hecho algo más para llegar a la consumación del hurto; o sea, coger el objeto y sustraerlo. Por el contrario, una tentativa es acabada cuando el autor ha efectuado por su parte todo lo que era necesario para consumar el delito. Así, cuando el autor del atentado ya ha colocado la bomba dentro del auto de la víctima y solamente tiene que esperar que ocurra la explosión al encender el vehículo, tal como él ha programado. Aquí debe emprenderse la delimitación entre preparación y tentativa siguiendo criterios distintos de los de la tentativa inacabada. Por ello, queremos tratar ambos casos de manera separada y comenzar con el último de los mencionados.

a) *La teoría jurisprudencial de los actos parciales*

La fórmula de la teoría de los actos parciales o intermedios es la favorecida actualmente por la reciente jurisprudencia y por la ciencia en Alemania. Según ella, la tentativa comienza con el último “acto parcial” antes de la verdadera acción típica. Por ejemplo, en el hurto, la verdadera acción típica consiste en coger y sustraer la cosa ajena. El último de los “actos parciales” anteriores es el extender la mano hacia el objeto del hurto. Este acto constituye, entonces, una tentativa de hurto. Entre el extender la mano y coger la cosa (la acción típica) no hay otros actos intermedios. Por eso se habla también de una teoría de actos intermedios. Según esto, en un homicidio doloso con un revólver habría una tentativa cuando el autor dirige el revólver cargado a la víctima, pues el próximo acto, el apretar el gatillo, sería ya la acción típica misma (el matar). Entre apuntar con el revólver y la acción de matar no existen otros actos intermedios.

En este sentido, el Tribunal Federal ha decidido por primera vez en 1975 un caso en el cual se trataba de un robo. El autor tocó el timbre de la casa de la víctima y tenía una pistola cargada en la mano. Al abrir la puerta, la víctima debía mirar la pistola y ser compelida a entregar su dinero. Pero no apareció nadie porque la víctima no estaba en casa. El Tribunal ha admitido una tentativa de robo con el argumento de que el hacer del autor “iba a desembocar, sin actos intermedios, en la realización del tipo (la amenaza con la pistola a quien iba a aparecer)”. Poco después el Tribunal Federal tenía que juzgar sobre hechos en los cuales un hombre quería hurtar tres

automóviles y había preparado para ello tres ganzúas con las cuales él podía abrir en cualquier momento los vehículos y sustraerlos. Aquí el tribunal admitió una preparación impune porque el inculpado ni siquiera había ido al lugar de los hechos, de manera que entre la preparación de las llaves y el hurto todavía se hubieran tenido que ejecutar varios actos intermedios.

La teoría de los actos parciales constituye una muy buena ayuda para delimitar entre preparación y tentativa. Pero tiene el defecto de que el concepto "acto parcial" no puede ser precisado con claridad suficiente. Supongamos que el ladrón, en el caso jurisprudencial mencionado, quería dirigir la pistola a la víctima recién cuando apareciera el propietario del departamento y, al tocar el timbre, ¡la había bajado! ¿No dejaría de haber una tentativa por el hecho de que entre el tocar el timbre y la amenaza todavía existía otro acto parcial (el apuntar con la pistola)? El Tribunal Federal quiere admitir en ese caso todavía una tentativa y dice: "Sería una consideración demasiado estrecha si, dividiendo según movimientos corporales, se viera como actos intermedios el levantar y apuntar con la pistola".

Pero incluso si no se tomara por base cada uno de los movimientos corporales, sino solamente se hicieran valer como actos parciales las ejecuciones autónomas de la acción, con esta teoría se producen dificultades. Constituiría una tentativa cuando alguien mete la mano por la ventana abierta de un auto para llevarse un bolso colocado en el asiento delantero. Pero habría todavía una preparación impune cuando el autor cogiera primero un bastón de paseo colocado adelante, a fin de pescar con él el bolso colocado en el asiento trasero. Y es que esta acción se situaría antes del último acto parcial. Pero no convencería el rechazo de una tentativa en mi segundo ejemplo, pues el autor ya se encontraba ejecutando un hurto. El concepto "acto parcial" necesita por ello una precisión. Esto lo intenta la teoría concretada del acto parcial que he desarrollado yo.

b) La teoría concretada de los actos parciales

Según mi recomendación, el último acto parcial que fundamenta la tentativa debe ser precisado mediante los dos conceptos auxiliares de "relación temporal estrecha" e "influjo en la esfera de la víctima o del tipo".

Quiero aclarar esto a través de mi último ejemplo. Cuando alguien mete la mano en el interior de un auto ajeno para hurtar algo que se encuentra allí, siempre se produce una tentativa de hurto. No interesa en ello si quiere coger directamente el objeto que quiere hurtar o que quiera coger primero un palo con cuya ayuda pueda sacar el objeto. Y es que en ambos casos la acción del autor se encuentra en una estrecha relación temporal con el resultado (enseguida va a tener lugar el hurto), y el autor ya ha influido en la esfera de la víctima (el auto). Por el contrario, cuando el autor todavía está inactivo frente al auto en el cual quiere penetrar, esto todavía no es una tentativa, pues falta el influjo en la esfera de la víctima.

Al revés, tampoco es suficiente el influjo en la esfera de la víctima para admitir una tentativa cuando todavía no existe una estrecha relación temporal con la realización del tipo. Pensemos en el caso de que un ladrón consigue entrar en el departamento de la víctima para conversar primero con ella y hacer que se crea segura. Algunas horas más tarde, el ladrón iba a hacer entrar a escondidas a dos cómplices, y la víctima iba a ser asaltada por los tres juntos. Aquí la tentativa comienza recién al dejar entrar a los cómplices. Hasta entonces solamente se habían producido actos preparatorios. (No obstante, el concierto para delinquir es punible de manera autónoma en Alemania). Y es que si bien el primer asaltante ya ha comenzado a influir en la esfera de la víctima, todavía falta la estrecha relación temporal con la realización del tipo. El caso también ha sido decidido en este sentido por la jurisprudencia alemana, la cual ha considerado esto como acto preparatorio.

c) *Grupos de casos difíciles*

Sobre la base de la concepción esbozada quiero tratar cuatro grupos de casos especialmente importantes.

aa) *Los casos de aproximación*

Cuando un autor, pistola en mano y con intención de matar, va hacia la víctima, esto ya constituye una tentativa de homicidio aun cuando todavía tenga que dar un par de pasos más o tenga que apuntar. No hay actos

intermedios que impidan la tentativa. Y es que está garantizada la estrecha relación temporal, y, al amenazarse a la víctima, se produce el contacto con la esfera de ella. Por los mismos motivos se tendrá que admitir la tentativa de un hurto con la modalidad de escalamiento tan pronto como el autor apoye la escalera a la casa, por cuya ventana abierta quiere entrar inmediatamente después y con intenciones de hurtar. Los necesarios “pasos intermedios” no son indispensables, pues el autor ya ha influido en la esfera de la víctima y existe una estrecha relación temporal. En cambio, solamente es una preparación cuando apoya una escalera por la que quiere subir unas horas después, cuando el lugar esté completamente oscuro. Aquí falta la relación temporal.

No es una tentativa entrar a una tienda con la intención de hurtar cosas allí. Y es que el permanecer sin llamar la atención en un negocio abierto para todos todavía no fundamenta un influjo en la esfera de la víctima. En cambio, debe admitirse una tentativa cuando los asaltantes armados y enmascarados entran precipitadamente a la sala de ventanillas de un banco. Y es que en tal caso, en la forma de entrar en el banco, ya se produce un influjo en la esfera de la víctima y también hay aquí una estrecha relación temporal, pues la ejecución ya ha comenzado.

En los hechos de una sentencia del Tribunal Federal, el autor quería matar a tiros a la víctima dentro de su departamento. Con la culata del arma rompió la puerta de la sala en la cual se encontraba la víctima, y penetró en la habitación. Entretanto, esta había escapado por la ventana. Aquí, la instancia inferior había admitido que la tentativa recién comienza cuando el autor dirige el arma cargada a la víctima. Esto se correspondería plenamente con una teoría del acto parcial concebida de manera estricta. Por el contrario, el Tribunal Federal afirma una tentativa de homicidio y la fundamenta con el hecho de que el hacer del autor iba a pasar al cumplimiento del tipo sin más actos intermedios. Aquí, sin fundamentar más, se ha tomado como base un concepto amplio del acto parcial. Pero, por sus resultados, el Tribunal Federal tiene razón: el penetrar en la sala constituye una afección duradera en la esfera de la víctima; también se ha dado una estrecha relación temporal con la planificada muerte a disparos, dado que el autor partió de la presencia de la víctima y quería pasar inmediatamente a los hechos.

bb) Los casos de acechanza y esperanzas

Una constelación que siempre aparece es aquella en la que el autor dispuesto a atacar espera en todo momento la aparición de la víctima, pero esta no se produce. En la sentencia del Tribunal Federal de 1952, varios inculpados habían querido asaltar a un mensajero-cobrador que llevaba mucho dinero consigo. Lo estaban esperando en un auto no lejos de la parada de un tranvía, del cual debía bajar el mensajero. Luego querían atropellar a la víctima y quitarle el dinero. Sin embargo, ese día no apareció el mensajero. A pesar de todo, el Tribunal Federal admitió una tentativa de robo. En la literatura esto ha sido rechazado con toda razón. Y es que aquí, entre la conducta del autor y el robo, todavía se encuentra el acto parcial de atropellar con el auto. Este acto es además esencial. Ciertamente, uno puede afirmar una estrecha relación temporal cuando se basa en la representación del autor de que el mensajero va a aparecer enseguida. Pero recién con la aparición del mensajero y el arrancar el auto, que sigue a continuación, podría comenzar un influjo en la esfera de la víctima. Según esto tampoco quedarían impunes los autores; pero ellos solamente habrían tenido que ser penados por un concierto para cometer un robo.

El caso ya mencionado en el cual el asaltante, con una pistola cargada en la mano, toca el timbre del departamento de la víctima que no llega a aparecer (A, II, 1, a) se diferencia muy poco del caso del mensajero, pero la diferencia es esencial. Y es que el asaltante que tocaba el timbre frente a la puerta no partió –y lo único que importa es su representación– de que la víctima tendría recién que llegar, sino de que ya estaría presente y, al abrir la puerta, inmediatamente vería el cañón del revólver que le estaría apuntando. En esas circunstancias no solamente se ha dado la estrecha relación temporal; en el timbrar también existe un influjo en la esfera de la víctima que inicia la ejecución.

cc) Los casos de prueba y verificación

Aquí se trata de hechos en los cuales el autor primero examina si vale la pena o es posible ejecutar el hecho, pero es intervenido ya durante la

realización de este examen. En casos de este tipo puede ser dudosa la presencia misma de la resolución hacia el hecho, tal como ya hemos explicado tomando como ejemplo el hurto planeado de una estatua de una tumba (ver en I.2). El resultado fue que existe una resolución hacia el hecho (sobre la base de hechos conscientemente inseguros) cuando el autor quiere de todos modos cometer el hecho en caso de resultar positivo el examen.

Pero, ¿también existe un comienzo de la tentativa ya durante el examen? La jurisprudencia alemana parte de que ello ocurriría cuando el autor, en caso de un resultado positivo de su examen, quisiera inmediatamente emprender la realización del tipo. Esto se corresponde también con mi teoría. Y es que –para aclararlo con el ejemplo de la estatua de la tumba– en tales casos existe una estrecha relación temporal entre la conducta del autor y la realización del tipo. Y se presenta claramente un influjo en la esfera de la víctima porque el autor ya se había ocupado del objeto que quería hurtar.

La jurisprudencia alemana conoce incluso otros hechos de este tipo. Así, se ha admitido una tentativa de aborto en un caso en el cual el autor estaba examinando a la gestante para ver si todavía era posible, sin peligros, realizar el aborto; eventualmente se iba a realizar el aborto inmediatamente después del examen. Igualmente se ha admitido una tentativa de hurto cuando el inculpado sacudió las ruedas de un auto para comprobar si el volante estaba asegurado. En caso de faltar tal impedimento, el autor quería apoderarse inmediatamente del vehículo.

Por otro lado, ya al modificar levemente estos hechos se tiene un simple acto preparatorio. Cuando el abortante que ha examinado a la embarazada quiere ejecutar la intervención una semana más tarde, falta una estrecha relación temporal, y el examen todavía es impune. Y cuando el hombre que quería hurtar la estatua de la tumba, no quiere llevarse la figura sino solamente observa las que estuvieran allí, examinándolas como cualquier transeúnte, tampoco aquí existe una tentativa cuando descubre un objeto que vale la pena hurtar y quiere llevárselo enseguida. Y es que aquí falta todavía un influjo en la esfera de la víctima.

dd) Los casos de disminución de la protección

Un grupo de casos muy amplio es el de aquellas constelaciones en las cuales el autor elimina o afecta la protección con la que la víctima ha rodeado su esfera. Supongamos que un ladrón de casas es descubierto cuando estaba retirando los ladrillos del techo de una casa para luego subir por el hueco producido al piso superior. Aquí existe una tentativa ya al quitar los ladrillos, pues se han dado tanto la estrecha relación temporal con el hurto planeado como también el influjo en la esfera de la víctima. En cambio, si modificamos el caso haciendo que el autor quite hoy los ladrillos del techo, queriendo regresar mañana para subir al piso superior, recién existe un acto preparatorio debido a la insuficiente relación temporal.

Este grupo de casos coincide con otros. Así, el romper a golpes la puerta del departamento por el asesino potencial, que he tratado bajo los casos de aproximación (A, II, c, aa) también constituye un caso de disminución de la protección. Y cuando el ladrón prueba la cerradura del departamento para ver si puede abrirla y pasar eventualmente a hurtar bienes, se presenta un caso de prueba al igual que uno de disminución de la protección. Pero el punto de vista de la disminución de la protección merece ser mencionado de manera especial porque, debido a que está vinculado al influjo en la esfera de la víctima, constituye un importante punto de vista delimitador y se presenta en formas muy variadas. Así, p. ej., el envenenamiento de un perro apostado en una granja debe ser juzgado como una tentativa de robo cuando el autor quería a continuación sustraer objetos de la granja. Igualmente, el Tribunal Federal ha admitido que ya existía una tentativa de robo cuando el asaltante ahuyentó primero al acompañante de la víctima para poder ejecutar a continuación el robo sin impedimentos por parte del acompañante.

d) Actos preparatorios típicos

Son acciones típicas de preparación, en primer lugar, el procurarse y poseer armas y herramientas, así como la producción de presupuestos decisivos para el hecho. Luego, el asesino que compra la pistola con la cual quiere matar a tiros y el ladrón que se procura las herramientas necesarias

para un robo con fractura (llaves falsas, barras), se encuentra todavía en el estadio de preparaciones impunes. Quien incendia su casa, destruye su auto o finge un hurto con fractura para cometer una estafa de seguros mediante la comunicación de hechos falsos, se encuentra todavía en el estadio de la preparación. Recién al aproximarse al seguro comienza el influjo en la esfera de la víctima, y con ello la estafa. Este resultado le ha gustado tan poco al legislador alemán que recientemente ha conminado con pena, de manera autónoma, la preparación de una estafa de seguros como “abuso de seguros”.

También son actos preparatorios la búsqueda del lugar de los hechos y el estar en el lugar sin llamar (todavía) la atención. Así, cuando el asaltante conduce frente al banco que quiere asaltar, pero no ha sacado todavía el arma ni tampoco se ha puesto la máscara, se presenta solamente una preparación. Quien es invitado a una casa y entra en ella porque quiere hurtar algo, no comete todavía una tentativa al entrar en la casa. Y todavía es una preparación el entrar a un negocio con intenciones de hurtar cosas (comp. ya en A, II, c, aa). Por cierto que, en casos particulares, puede ocurrir algo diferente al presentarse circunstancias especiales (comp. al respecto ya en A, II, c, aa). Así ocurrió en los hechos en los cuales dos ladrones habían entrado en una tienda y habían iniciado primero una conversación con el vendedor para distraerlo. Pero ya habían cerrado con llave la puerta del negocio, a escondidas, después de entrar para impedir al vendedor que pida auxilio o huya. En este cerrar con llave había un influjo en la esfera de la víctima, el cual, en relación con la cercanía temporal del robo planeado, es suficiente para admitir una tentativa.

Tampoco constituye una preparación el examinar el lugar de los hechos y procurarse oportunidades para cometer el hecho. Luego, quien espía las costumbres de vida del dueño de una casa a fin de poder penetrar en ella durante la ausencia segura de este, se encuentra todavía en el estadio de la preparación. Lo mismo rige para el carterista que se mete a la fuerza en un vagón repleto del metro. Si bien con ello se procura una oportunidad para el hecho, todavía no existe una tentativa porque el penetrar en un tren público por sí mismo está permitido y todavía no representa un influjo en la esfera de la víctima potencial.

2. *El inicio de la ejecución en la tentativa acabada, en la autoría mediata y en las omisiones*

a) *El inicio de la tentativa acabada*

En la tentativa acabada el autor ya ha hecho todo lo que consideraba que era necesario de su parte para llegar a la provocación del resultado: está listo el whisky envenenado que debe beber la víctima; ha sido colocada la bomba que va a matar al político en el automóvil de este; ha sido enviada la carta que contiene la extorsión. Aquí, la delimitación entre preparación y tentativa no puede ser llevada a cabo según las mismas reglas que en la tentativa inacabada. No es aplicable la teoría de los actos parciales, porque el autor ha ejecutado completamente todos los actos que él creyó necesarios. Y tampoco los puntos de vista de estrecha relación temporal y de influjo a la esfera de la víctima, tal como se verá enseguida, dan mayormente resultados convincentes. En Alemania, la delimitación es muy controvertida y la ciencia y la jurisprudencia discuten mucho al respecto. En lo que sigue explicaré mi propia concepción y las dos opiniones divergentes más importantes.

La teoría que he desarrollado distingue según si el autor ya ha soltado de su mano los hechos o no lo ha hecho aún. Cuando coloca la bomba, envía la carta extorsionadora o ha colocado a escondidas el cognac envenenado en la refrigeradora de la víctima, los hechos han abandonado el campo de influencia del autor y siguen su curso independientemente de este. Aquí admito siempre una tentativa aun cuando todavía no existiere una estrecha relación temporal con la producción del resultado y todavía no se presentare un influjo en la esfera de la víctima. Y es que, en primer lugar, no puede razonablemente hacer ninguna diferencia el que la víctima poco después o más tarde conduzca el automóvil explosivo, reciba la carta extorsionadora o beba el cognac envenenado. Tampoco puede importar si la esfera de la víctima ya ha sido tocada, pues ello depende de casualidades y muchas veces el autor ni siquiera puede conocer o notar nada. En segundo lugar, la admisión de una tentativa se justifica porque una tentativa acabada de este tipo es más peligrosa que una inacabada y, por ello, por lo menos tiene que ser equiparada a esta. Y es que, mientras el autor de una tentativa inacabada todavía tiene los hechos en la mano y puede, en

cualquier momento, terminar con el peligro para la víctima mediante una simple interrupción, en los casos expuestos, los sucesos siguen su curso y el autor, solamente bajo condiciones difíciles, puede influir en ellos, a veces ni siquiera puede o no hay seguridad de que pueda hacerlo.

Distinto es el caso cuando el autor, si bien ya ha hecho todo lo que ha considerado necesario, no obstante, los hechos todavía continúan bajo su dominio y control. Cuando la mujer coloca el whisky envenenado en la refrigeradora para matar a su marido, pero está todo el día en casa mientras su marido recién regresará de su trabajo por la noche, sería un contrasentido admitir una tentativa de asesinato apenas el whisky hubiera sido colocado en la refrigeradora a las 10 de la mañana. Y es que aquí la mujer todavía no ha soltado los hechos de su mano. Ella puede eliminar el peligro en cualquier momento durante todo el día tirando la bebida. Por ello es apropiado en tal caso emplear las reglas de delimitación que rigen para la tentativa inacabada. Luego, la tentativa comienza recién cuando el marido llega a casa y se dispone a sacar el whisky de la refrigeradora. Y es que existe una estrecha relación temporal con la producción del resultado y la bebida envenenada comienza a entrar en contacto con la esfera de la víctima.

La teoría diferenciadora, tal como he esbozado, ha encontrado muchos seguidores en Alemania. Pero a ella se oponen dos opiniones extremadamente divergentes. Según una de ellas, una tentativa siempre debe presentarse recién cuando la víctima se dirija “al círculo de acción del instrumento del hecho”, o sea, cuando coge el whisky envenenado, se sienta en el auto amenazado de explosionar, o saca del buzón la carta extorsionadora. Esto implica un traslado de la solución que he desarrollado para la tentativa inacabada a todos los casos de acciones acabadas del autor. Según esta forma de ver las cosas, recién existiría un influjo en la esfera de la víctima y una estrecha relación temporal cuando la víctima entra en el círculo de influjo del medio del hecho.

Se oponen a esta teoría sobre todo sus resultados poco razonables desde una perspectiva político-criminal. Cuando el explosivo colocado en el auto del político que va a ser asesinado, por casualidad es descubierto por un agente de seguridad poco antes de que sea utilizado, esto tendría que recompensar al autor con una absolución de la acusación por tentativa

de asesinato. Esto no solamente es injusto, sino tampoco puede sostenerse dogmáticamente. Y es que no puede hablarse de una simple preparación cuando el autor había puesto en marcha un curso causal que llevaría autónomamente al resultado, pero que solamente ha podido ser impedido por una casualidad. ¿Y qué sentido tendría dejar impune el hecho de enviar una carta extorsionadora solamente porque fue interceptada en la oficina de correos? Si aquí se produjera la impunidad, tendría que dejarse que la carta, por razones estratégicas de persecución penal, llegue al destinatario. Pero tales posibilidades de manipular el límite de la tentativa desautorizan la concepción teórica.

Otra concepción defiende un punto de vista totalmente opuesto a: siempre existiría una tentativa al concluirse la acción del autor, y ello incluso cuando el autor todavía hubiera seguido teniendo los hechos bajo control de su ámbito de dominio. P. ej., cuando la mujer del whisky envenenado todavía hubiera tenido durante horas bajo su único control el departamento hasta el regreso de su marido, ya habría habido una tentativa de asesinato tan pronto como hubiera colocado el whisky envenenado en la refrigeradora. Pero esto no es ninguna solución apropiada, porque lleva a contradicciones valorativas incomprensibles frente a la delimitación de la tentativa cuando se tratare de la tentativa inacabada. Y es que, si se corresponde con las costumbres del hogar que la mujer le sirva el whisky al marido, recién comenzaría una tentativa (inacabada) al servir la bebida. ¿Por qué debería fijarse el inicio de la tentativa de manera distinta cuando el hombre, en presencia de su mujer (la que podría impedir los hechos en cualquier momento), coge por sí mismo la bebida de la refrigeradora?

b) El comienzo de la tentativa en la autoría mediata

Se presenta la autoría mediata cuando alguien, para cometer el delito, se sirve de otra persona cuya conducta puede dirigir, o sea, que la tiene “en sus manos”, de manera que el “dominio del hecho” radica en el hombre de atrás. Entonces, el “intermediario del hecho” que ejecuta la verdadera acción típica es el “instrumento” de aquel que lo dirige desde un segundo plano. Los dos casos principales son los del instrumento bajo error y del instrumento coaccionado. Se presenta un caso del primer tipo cuando, p.

ej., un médico que quiere matar a un paciente, da una inyección venenosa a la enfermera (que desconoce esto) para que se la aplique a la víctima. El segundo caso se presenta cuando los hombres de atrás (p. ej., una organización criminal) obligan a alguien, mediante amenazas de muerte, a cometer un delito. De manera similar ocurre con los instrumentos inimputables. Así cuando alguien se vale de enfermos mentales o niños instruidos por él para cometer delitos, aquel es autor mediato de los delitos, mientras que el ejecutante queda impune.

¿Cuándo comienza la tentativa en la autoría mediata? Para aclararlo usando mi primer ejemplo de la inyección venenosa: ¿comienza la tentativa cuando el médico mezcla la inyección venenosa, cuando está listo con su producción, cuando envía a la enfermera con la inyección o cuando la enfermera lleva la aguja al cuerpo del paciente? Todas estas opiniones son defendidas en la literatura científica. La concepción que yo defiendo, y que predomina hoy en día en Alemania, emplea los principios que he desarrollado para la tentativa acabada.

Esto significa en particular lo siguiente:

En tanto el médico –para aclarar las cosas usando solamente este ejemplo– esté ocupado con mezclar la inyección venenosa, todavía se presenta una tentativa inacabada y rigen sus principios. Según ello, el mezclar el veneno todavía es un acto preparatorio, porque solamente crea un presupuesto para el hecho, pero aún está muy lejos de la verdadera realización típica. Si por el contrario, la inyección venenosa ya está preparada y se la deja libre, dado que el autor ya ha hecho todo lo necesario de su parte, se presenta una tentativa acabada y deben aplicarse sus reglas. Luego, debe distinguirse de la siguiente manera: cuando el médico envía a la enfermera con la inyección venenosa comienza en ese momento una tentativa acabada punible de asesinato. Y es que él ya ha dado rienda suelta a los acontecimientos y el destino sigue en adelante su propio curso que ya no depende de aquel. Pero si el médico primero ha colocado la inyección en su oficina para que horas más tarde la recoja la enfermera, debe admitirse hasta entonces una preparación. Y es que él tiene todavía bajo control los acontecimientos y puede hacer desaparecer la inyección en cualquier momento.

Dos ejemplos de la jurisprudencia alemana deben aclarar mejor esta solución. En el primer caso el inculpaado quería matar a su rival empleando una bebida envenenada. Para ello pidió a un intermediario que actuó de buena fe, llevar la bebida a la víctima. El intermediario partió con la botella, pero en el camino fue víctima de la curiosidad, abrió la botella, comenzó a sospechar algo debido al olor de la bebida y se apartó del hecho. El Tribunal Federal ha admitido una tentativa de asesinato del inculpaado y fijó su inicio tan pronto como “él hubiera determinado al intermediario a la ejecución del hecho y lo hubiera despedido de su ámbito de influencia creyendo que en adelante este último iba a emprender la acción típica”. Esto se corresponde con la concepción que yo defiendo. En cambio, todavía hay un acto preparatorio en tanto la botella de veneno todavía se encontrare en manos del inculpaado.

En otro caso se había abierto un proceso de conciliación sobre el patrimonio del inculpaado insolvente y se había nombrado a un administrador conciliador estatal. A continuación, el inculpaado falsificó documentos que debía presentar el administrador, que actuaba de buena fe, a los acreedores. De esta manera se iba a estafar a estos últimos. Según la concepción aquí defendida, existe una tentativa de estafa tan pronto como se hubieran entregado los documentos falsificados al administrador conciliador. Y es que con ello, el curso causal ya ha salido del ámbito de dominio del autor. En tanto este, por el contrario, todavía tuviere en su posesión los documentos falsificados y no los hubiera entregado al administrador conciliador, recién existirá un acto preparatorio.

Por el contrario, el Tribunal Federal, en el caso expuesto, también quería emplear las reglas vigentes para la tentativa inacabada y basarse en cuán cercana se encontraba ya la realización del tipo: “si por ejemplo el inculpaado hubiera colocado la lista falsa en los documentos del administrador conciliador que éste había preparado para la exposición que iba a realizar inmediatamente después, ya se presenta el comienzo de una acción de engaño a través del inculpaado; en cambio, todavía es un acto preparatorio cuando el autor solamente había hecho accesibles al administrador conciliador los documentos falsos sin poder prever si iban a ser utilizados en un tiempo previsible”. Pero contra tal solución, que se basa

plenamente en el caso particular, habla de manera decisiva la circunstancia de que en muchos casos no puede proveer ninguna delimitación. Cuando, p. ej., el autor es descubierto ya al entregar los documentos falsificados al administrador conciliador, a menudo no puede saber nadie (quizás ni siquiera el propio administrador conciliador) cuándo iba a ser empleado ese material. Entonces, quedaría sin aclarar nunca si existía una tentativa o no. Esta solución no es aceptable.

Junto con la teoría diferenciadora que yo defiendo y con la solución del caso particular, para el caso de la autoría mediata, también encontramos en la literatura las dos concepciones extremas que son defendidas ya en caso de la común tentativa acabada. Según una de las concepciones, la tentativa comienza siempre cuando el intermediario (el instrumento) pone en peligro el objeto de la acción; luego, el resultado tiene que estar situado de manera inmediatamente cercana y el intermediario tiene que haber influido en la esfera de la víctima. En el caso mencionado de la botella con veneno, significaría esto que el autor todavía se encuentra en el estadio de la preparación impune cuando el intermediario, que está en camino hacia la víctima, descubre el atentado asesino y frustra el hecho. Al igual que en caso correspondiente de la tentativa acabada (n. marg. 38) esto es un resultado inaceptable. Y es que no se puede hacer más para realizar un resultado que ejecutar todas las acciones necesarias y soltar de la mano los demás sucesos. Si alguien considera esto impune, no se entiende por qué debería ser una tentativa el sacar el revólver con intenciones de matar, pese a que aquí el autor tiene en sus manos los acontecimientos y puede evitarlos en cualquier momento.

Según la otra concepción, la tentativa comenzaría ya al influir en el intermediario. Pero con ello se sitúa a la tentativa en un momento demasiado prematuro. Y es que cuando el autor mediato todavía tiene en sus manos los sucesos –p. ej. intenta ganar para su plan al intermediario, pero todavía no le ha mencionado a la víctima o no le ha entregado el veneno– los sucesos todavía están tan lejos de la realización del tipo que no se respeta la necesaria relación con el tipo. El influjo en la esfera de la víctima, que todavía falta y que diferencia el inicio de la tentativa en la autoría mediata de la tentativa común, solamente puede ser compensado

por la propia dinámica de un acontecimiento que continúa su curso por sí solo. Donde faltare este presupuesto solamente puede entrar en consideración una preparación.

c) *El comienzo de la tentativa en las omisiones*

También en hechos omisivos la cuestión del inicio de la tentativa juega un papel importante. El Código penal mejicano para el Distrito Federal menciona incluso expresamente el caso de que alguien hubiera omitido acciones idóneas para evitar un resultado. Dado que con ello difícilmente pudo haberse querido aludir a omisiones en la etapa de los actos preparatorios, también aquí se plantea la cuestión de la delimitación.

Según la concepción que yo defiendo y que hoy en día es dominante en la literatura alemana, la solución está trazada por los resultados elaborados para la tentativa acabada (A, II, 2, a) y para la tentativa del autor mediato (A, II, 2, b). Y es que el omitente que tiene un deber de evitar un resultado se ve frente a un curso causal que se mueve hacia el resultado sin su hacer. Luego, el omitente se encuentra en la misma situación que el autor de una tentativa acabada quien ha hecho lo que le corresponde, o que el autor mediato, quien ha enviado al intermediario en camino hacia la víctima.

Según esto, si el omitente hubiera soltado el curso de los acontecimientos de su ámbito de dominio, ya en ese momento se ha pasado la frontera de la tentativa. Esto no necesita una fundamentación especial porque la identidad estructural con los casos de la tentativa acabada y de la tentativa en la autoría mediata, en los cuales se ha explicado detalladamente esta solución, hacen que este resultado resulte obligatorio. Cuando por el contrario el curso causal se encontrare todavía en el ámbito de dominio del omitente, debe admitirse solo una preparación en tanto “todavía no hubiera pasado nada” y pudiera recurrirse en cualquier momento la acción de rescate. La tentativa comienza entonces recién con la inmediata puesta en peligro de la víctima, o sea, cuando se hubiera acercado la producción del resultado. En este momento ocurre una clara elevación del riesgo para el objeto del hecho, y esta cesura separa a la preparación de la tentativa.

Esto lleva a los siguientes resultados prácticos. Cuando se da a luz a un bebé en un lugar solitario al aire libre y los padres, que son los únicos presentes, no le dan asistencia con el objetivo de que muera, esto constituye una preparación para el homicidio en tanto los padres se queden junto al niño y este no corra todavía peligro. La tentativa recién comienza cuando el recién nacido entra en peligro para su vida al seguir esperando más tiempo. Si, por el contrario, los padres se van a casa y abandonan al niño a su suerte, ya en ello existe una tentativa punible, pues a partir de entonces los sucesos siguen un curso que ya no es controlado por los padres. El regreso que se pueda producir para rescatarlo o la comunicación telefónica a otros para que auxilien al niño solamente sería un desistimiento –eventualmente voluntario– de la tentativa.

Algo correspondiente rige cuando los padres dolosamente omiten salvar a su niño enfermo gravemente mediante una transfusión sanguínea que sería la única ayuda posible. Si la transfusión sanguínea pudiera postergarse todavía durante varios días, sin que esto trajera consigo un peligro adicional para la vida del niño, en la inactividad de los padres todavía no habría una tentativa de homicidio, incluso si ellos tuvieran el dolo de no permitir tampoco en el futuro una transfusión. Recién cuando una inactividad posterior pusiere en peligro la vida del niño se habrá alcanzado el umbral de la tentativa. Si por el contrario los padres se van de viaje con la intención de dejar morir al niño que ha quedado solo en la casa, en ello existe ya una tentativa de homicidio, aun cuando todavía hubiera algo de tiempo disponible para la transfusión.

Quien deja solo a su lactante en una cabaña de montaña para que se muera de hambre, comete con ello una tentativa de homicidio. Si esta persona vive también en la cabaña y solamente omite alimentar al lactante, entonces la omisión de la primera comida todavía es impune, pues la alimentación puede ser retomada en cualquier momento sin daños para el niño. Si el lactante empieza a sentirse mal corporalmente como consecuencia de la falta de comida, en ese caso se presenta una lesión corporal (maltrato) por omisión. Si el niño entra en un peligro para su vida que solamente puede ser evitado a través de un reinicio de la alimentación o llevándolo a un hospital, entonces la omisión de la acción mandada se manifiesta como tentativa de homicidio.

La constelación más importante en la práctica es la del accidente de tráfico causado culpablemente. Si el causante del accidente, quien según la práctica alemana tiene el deber de evitar el resultado, no prestara ningún auxilio a la víctima gravemente lesionada y, al darse a la fuga, se conformara con que el lesionado pueda morir al no recibir una oportuna asistencia médica, entonces ya al retirarse del lugar de los hechos existe una tentativa de homicidio mediante omisión. Si, por el contrario, el causante del accidente permanece al lado del accidentado y solamente no hace nada para mejorar la situación de este, la omisión de auxilio recién se vuelve una lesión corporal cuando aumentaren los padecimientos de la víctima, y una tentativa de homicidio en caso de producirse el peligro para la vida.

Finalmente, el principio será demostrado todavía con el ejemplo didáctico del guardavías que deja que una persona ebria permanezca echada sobre las rieles con la intención de que sea atropellada. Si el guardavías supiera que el próximo tren recién pasará dentro de dos horas y, además, se ha anunciado su llegada mediante una llamada telefónica, su inactividad, independientemente de su dolo, es todavía impune. Recién cuando la continuación de la espera pusiere en peligro la vida del ebrio comienza la tentativa. En cambio, si el guardavías abandona su puesto de vigía y se va a dormir a su casa, entonces ya con eso existe una tentativa, aun cuando todavía tengan que pasar dos horas para que se aproxime el tren.

En todos los casos de tentativa por omisión se hablará de una tentativa acabada, o sea, se tendrá que rechazar una tentativa inacabada. Y es que esta presupone la necesidad de que el autor continúe actuando, lo que precisamente falta aquí. Y también el paralelo con el caso normal de la tentativa acabada hace inevitable el resultado: si existe una tentativa acabada cuando el autor hubiera colocado él mismo a la víctima sobre las rieles y luego se alejare o, al acercarse el tren, no lo apartare de la zona de peligro, entonces no puede ser diferente en el caso del autor de una omisión. Y es que no puede tener importancia ni para la punibilidad de la tentativa ni para diferenciar entre tentativa inacabada y acabada la forma como la víctima hubiera llegado a su situación.

Junto con la concepción expuesta, en Alemania han influido sobre todo dos teorías divergentes. Según la “teoría de la primera intervención posible”, siempre se presenta una tentativa cuando el garante omite, con dolo de realizar el resultado, la primera medida posible e idónea para evitarlo. Entonces, ya la retirada de la primera comida o la falta de una actividad inmediata del guardavías, que todavía tiene varias horas hasta que llegue el tren, constituirían una tentativa. Pero esta concepción coloca el inicio de la tentativa en una fase muy temprana. Y es que cuando el omitente todavía puede evitar el resultado durante un tiempo prolongado, no existe ninguna razón para penarlo ya al omitir la primera oportunidad, pues todavía tenía tiempo. Y también en tales casos apenas podría probarse un dolo de realizar el resultado porque no resalta hacia fuera de forma tangible.

El polo totalmente opuesto es representado por la “teoría de la última intervención posible”. Según ella, la tentativa de la omisión comienza recién cuando se hubiera dejado pasar el último momento posible para intervenir. No obstante, esta doctrina no es comprensible ni dogmáticamente ni por política criminal. Su defecto dogmático radica en que no permite un desistimiento de la tentativa. Y es que si recién el dejar pasar la última posibilidad de intervenir fundamentara la tentativa, ya no sería posible ninguna conducta del autor posteriormente, y con ello tampoco un desistimiento. Pero esto va en contra de la ley, la cual prevé un desistimiento en todos los grupos de casos de la tentativa. La teoría de la última intervención posible llega a su erróneo resultado adjudicando a la preparación todo el período de tiempo entre la tentativa y la última posibilidad de desistimiento.

Tampoco por política criminal resulta apropiado hacer que la tentativa comience recién después del último segundo que quedare para actuar. Y es que si al omitente le estuviere permitido dudar impunemente tanto tiempo antes de intervenir, el legislador estaría jugando *va banque* [a la ruleta] con el objeto del hecho que se debe tutelar, porque un actuar tan tardío llegaría, en muchos casos, demasiado tarde. Tampoco se comprende por qué no sería suficiente una puesta en peligro cercana al tipo si ella es suficiente, en los delitos de comisión, para el inicio de la tentativa.

3. *El comienzo de la ejecución en la tentativa del coautor*

La coautoría se presenta cuando varios cometen conjuntamente el hecho, o sea, cuando varios cooperan en el cumplimiento del tipo repartiéndose el trabajo. La jurisprudencia alemana y también la opinión dominante en la ciencia defienden, para el inicio de la tentativa, una llamada solución global, la cual ha sido formulada por el Tribunal Federal de la siguiente manera: “Cuando, según el plan del hecho, un delito debía ejecutarse por varios autores, entonces todos intervienen como coautores en el estadio de la tentativa en tanto uno de ellos comience inmediatamente la comisión del hecho”. Cuando, p. ej., A y B acuerdan cometer juntos un robo con fractura de manera que A debía penetrar en la bóveda del banco y abrir con un soplete las cajas fuertes mientras que B, quien recién después iba a ser informado telefónicamente, se encargaría de sacar las barras de oro con ayuda de un aparato especial y de cargarlas en un camión; B resulta ser ya un coautor punible en la tentativa, tan pronto como A penetra en el banco. Luego, B es punible por tentativa aunque todavía no hubiera hecho nada que vaya más allá del concierto para delinquir.

Esta solución global se fundamenta sobre todo con la tesis de que en la coautoría se tiene que imputar a cada participante la contribución de los demás prevista en el plan común. Adicionalmente se esgrime a favor de la solución global el “argumento del azar”: no se comprendería que en un actuar conjunto con división del trabajo aquel que habría de colocar su contribución en un período de tiempo posterior (y por ello a menudo sea tanto más importante) deba salir mejor librado que sus cómplices solamente por el hecho del descubrimiento anticipado del plan.

Por el contrario, una opinión minoritaria, pero que está ganando seguidores de forma creciente, defiende la solución del caso particular. Según ella, debe evaluarse por separado para cada coautor el inicio de la tentativa y tomar en cuenta el momento en el cual él mismo entra en el estadio de la tentativa. Entonces, en el ejemplo inicial, B recién resulta punible por una tentativa de robo con fractura en coautoría cuando él personalmente entra en el banco y comienza a transportar las barras de oro. Si A es tomado preso antes, y B no llegara a actuar, B no quedaría impune, pero solamente será

punible por complicidad síquica. Si se tratase de un delito grave –como, p. ej., el robo a un banco– según el derecho alemán también sería punible el concierto para delinquir.

Para mí los mejores argumentos los tiene la solución del caso particular. Y es que cuando, para el hecho consumado, uno apoya la coautoría en el dominio conjunto de los hechos ejecutivos, consecuentemente tiene que exigir para la tentativa un codominio en el estadio de la tentativa. Pero eso es lo que falta cuando un coautor ni siquiera hubiera llegado a actuar. Supongamos que cinco coautores conciertan un asalto conjunto a un banco y que el quinto no aparece en el lugar de los hechos porque ha sido detenido cuando estaba en camino hacia allá ... ¡debido a otro delito! Los otros cuatro autores ejecutan sin él exitosamente el robo al banco. En este caso, el quinto autor que no ha llegado a actuar no es penado por la jurisprudencia alemana como coautor de un robo consumado al banco, sino solamente por concierto para cometerlo. Pero entonces es un contrasentido admitir una coautoría de tentativa solamente por el hecho de que los que sí aparecen en el lugar de los hechos hubieran entrado en el estadio de la tentativa. Si un concierto no es suficiente para la coautoría de delito consumado, tampoco puede fundamentar una coautoría de tentativa. El argumento de la jurisprudencia de que a cada coautor se le imputa la contribución de los demás no es concluyente, porque presupone lo que debe todavía probarse; o sea que aquel que no ha cooperado, sería un coautor. Pero precisamente este presupuesto no es correcto. También es poco convincente el “argumento del azar”. Y es que, también en el autor individual depende a menudo de la casualidad el que un hecho fracase en el estadio de la preparación o de la tentativa, sin que esto decida, sin embargo, sobre la punibilidad o la impunidad.

B. EL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA

La regulación del desistimiento de la tentativa es, como ya se ha expuesto al principio, similar en el derecho alemán y en el mejicano. La tentativa es impune cuando el autor desiste voluntariamente. Pero la forma del desistimiento es muy diferente en la tentativa inacabada y en la acabada. En la tentativa inacabada es suficiente renunciar voluntariamente, o sea, un

simple terminar. Cuando el asesino, que ya ha apuntado a la víctima con la pistola, repentinamente lo piensa mejor y baja el brazo dejando correr a la víctima, entonces él es impune. Es muy distinto con la tentativa acabada. Cuando el autor ya ha hecho todo lo que creía necesario para causar el resultado, o sea, cuando, p. ej., ha puesto la bebida envenenada frente a la víctima, solamente puede alcanzar la liberación de pena cuando impidiere que se produzca el resultado interviniendo activamente. Entonces, antes de que la víctima hubiera tomado la bebida, tiene que tirarla o prevenir oportunamente a la víctima. Con ello, la idea básica de la regulación legal es sencilla. Pero en los detalles surgen muchos problemas difíciles que vamos a tratar brevemente uno tras otro.

I. La tentativa fracasada

En primer lugar, tiene que saberse que existen casos en los cuales ni siquiera es posible un desistimiento, o sea no se plantea desde el principio la cuestión de la presencia o ausencia de la voluntariedad. El caso más importante de este tipo es el de la tentativa fracasada. Una tentativa fracasada se presenta cuando el autor reconoce o por lo menos supone que su objetivo se ha vuelto inalcanzable en el marco del hecho concreto. Si el autor, p. ej., ha disparado su única bala y no tiene a la mano más medios para cometer el homicidio, entonces ha fracasado. Su tentativa es una tentativa fracasada y ya no tiene acceso a un desistimiento. La imposibilidad de la ejecución puede deberse a la inidoneidad del medio empleado, a la incapacidad del autor o a la falta del objeto de la acción.

Existe un fracaso del medio cuando, p. ej., el arma no dispara (sea porque no está cargada, ha sido descargada a escondidas o está trabada), la bomba no estalla, el supuesto veneno no es efectivo, la llave no abre o se rompe en la cerradura. Una incapacidad del autor se presenta cuando el asesino queda incapacitado para actuar debido a un infarto cardiaco, cuando el violador pierde la potencia o el autor es sometido por la víctima o esta golpea a aquel y lo hace huir. Falta el objeto de la acción cuando la víctima no está presente o se escapa, cuando la persona atacada por atrás para ser violada resulta ser un hombre, o cuando el objeto de un hurto no se encuentra en el lugar esperado. Según una concepción discutida, pero

correcta, la imposibilidad real de realizar el tipo debe equipararse a la imposibilidad jurídica de ello. Así, cuando una persona mayor y responsable consiente que se practique con ella una conducta sexual, ya no puede realizarse el tipo de coacción sexual.

En segundo lugar, se presenta una tentativa fracasada cuando la identidad del objeto de la acción no se corresponde con el plan del hecho. Si A quiere disparar a B para matarlo y se acerca a la víctima por detrás, pero en último momento comprueba que se trata de otra persona y, decepcionado, guarda la pistola, la tentativa ha fracasado. Si bien el autor todavía podía completar el tipo disparando a la "falsa" víctima, lo decisivo es que el plan—disparar a B para matarlo— se hubiera vuelto inejecutable. Lo correspondiente rige también para objetos con carácter de cosa. Luego, también debe admitirse un fracaso cuando alguien que abre el bolso de otra persona para hurtar un documento secreto, al mirar la cubierta comprueba que se trata de otros papeles sin importancia y los deja donde estaban. En esto no hay ni una renuncia ni un desistimiento. La ventaja práctica de la construcción de la tentativa fracasada radica en que hace superflua la difícil cuestión de la voluntariedad. Así, si en los casos recientemente expuestos se admitiera un desistimiento, tal como hacía antes la jurisprudencia alemana, sería difícil de responder a la cuestión de la voluntariedad. Esto podría comprobarse fácilmente analizando las sentencias contradictorias que se han dado.

Finalmente, en tercer lugar, también debe admitirse una tentativa fracasada cuando el objeto del hecho se hubiera quedado considerablemente por debajo de las expectativas del autor. Supongamos que el autor necesita un monto de por lo menos 5,000 marcos alemanes para un fin determinado. Por eso asalta un supermercado y hace que lo lleven a la caja. Pero al ver que allí solamente hay 50 marcos, decepcionado, deja el dinero y se aleja. ¿Es esto un desistimiento voluntario o involuntario de la tentativa de robo? La cuestión sería difícil de decidir admitiendo un desistimiento. Pero, según una concepción correcta, aquí no existe ningún desistimiento sino solamente una tentativa fracasada: el plan de robar por lo menos 5,000 marcos alemanes no puede ejecutarse por completo de manera que el autor, al no ser posible un desistimiento, es punible por una tentativa de robo.

Distinto es el caso cuando el autor no tiene ninguna representación concreta sobre la suma que va a robar, sino quiere llevarse lo que encuentre.

Cuando en tal caso deja en su lugar la suma encontrada porque le parece que es muy poco, eso sí es un desistimiento (voluntario).

Tampoco puede admitirse una tentativa fracasada cuando una acción ejecutiva repetible no da resultados en el primer intento. P. ej., A dispara a B con intención de matarlo y tiene seis balas en el revólver. El primer disparo no alcanza a B. Entonces, A renuncia a disparar las demás balas pese a que la tentativa de homicidio hubiera podido repetirse con grandes perspectivas de éxito. Según la opinión mayoritaria en la literatura alemana, a la cual se ha sumado también la reciente jurisprudencia del Tribunal Federal, en tales casos se presenta una tentativa inacabada de la cual puede desistirse voluntariamente el autor con un simple dejar de hacer, o sea, omitiendo otros disparos.

En cambio, según otra concepción, la llamada teoría del acto individual, cada una de las acciones que puedan causar el resultado, en caso de su falta de éxito, deben ser vistas de manera autónoma y como tentativa fracasada que no permite un desistimiento. Luego, A quedaría punible por tentativa de homicidio, aun cuando omita voluntariamente seguir disparando después de haber hecho el primer disparo.

Merece aprobación la doctrina dominante. Y es que en tanto el autor hubiera tenido todavía la posibilidad de alcanzar su objetivo en inmediata conexión temporal y espacial con los sucesos ya ocurridos, merece la liberación de pena cuando hubiera renunciado voluntariamente a ello. Él ha hecho entonces aquello que quiere recompensar el privilegio del desistimiento: sin ninguna coacción externa ha dado marcha atrás cuando estaba en camino hacia el delito. La teoría del acto individual también resulta contraproducente por política criminal, pues precisamente exhorta al autor a matar a la víctima mediante más disparos luego que hubiera fracasado el primero. Y es que, dado que el primer disparo errado es punible como tentativa de homicidio, para el autor es más ventajoso terminar de matar a disparos a la víctima para eliminar así al único testigo. Por el contrario, desde el punto de vista de la doctrina dominante, la perspectiva de alcanzar la total liberación de pena renunciando a un segundo disparo constituye un fuerte estímulo para abandonar los ulteriores esfuerzos que lleven al homicidio.

II. La tentativa que alcanza su objetivo

Un segundo caso (por cierto, muy polémico) es aquel en el cual no es posible el desistimiento desde el principio: la tentativa que alcanza su objetivo. Dicha tentativa se presenta cuando el autor ya a través de su tentativa ha alcanzado definitivamente el objetivo extratípico de su acción. Quiero aclarar esto con los hechos que sirvieron de base para una sentencia fundamental del Tribunal Federal. El autor había empujado un cuchillo en el cuerpo de la víctima con dolo eventual de homicidio, a fin de darle una “lección” y dejar en claro sin duda alguna que “no toleraría ninguna resistencia”. Entonces, no había tenido la intención de matar sino de lesionar, pero, después de todo, había contado con la posibilidad de un resultado de muerte y se había conformado con ello. El autor había prescindido de otras cuchilladas, porque había alcanzado su objetivo ya con la primera de ellas: demostrar su propia superioridad. ¿Se presenta aquí un desistimiento voluntario de una tentativa de homicidio por el hecho de que el autor había renunciado a otras cuchilladas contra la víctima, que sí hubieran sido mortales?

El Tribunal Federal ha admitido en este caso un desistimiento voluntario, o sea, ha penado al autor solamente por lesiones consumadas. Para ello ha aplicado las reglas que rigen para las acciones ejecutivas repetibles (B, I). Esto también ha encontrado rechazo de mi parte y de parte de la opinión mayoritaria en la literatura alemana. Y es que la admisión de un desistimiento voluntario, con la consecuencia de liberación de pena, presupone, como ya se ha dicho, razonablemente que el autor encaminado hacia el delito hubiera retornado sin ninguna necesidad impuesta del exterior. Tiene que haber reflexionado de manera distinta a lo que tenía pensado en su plan original. Es absurdo desde la perspectiva político-criminal que se recompense con liberación de pena al autor, en caso de realizar por completo sus planes, solamente por el hecho de que no se sienta motivado a continuar actividades criminales que nunca había planeado. Luego, esto significa lo siguiente: en caso de acciones ejecutivas repetibles, debe hacerse una excepción de la regla general de que el renunciar a ellas significa, al alcanzar el objetivo de la tentativa, un desistimiento voluntario. Esta ten-

tativa no puede ser desistida porque, al alcanzar plenamente el objetivo, ya no existe un dolo delictivo al cual se pudiera renunciar.

Constituye un caso especialmente frecuente en estas constelaciones cuando un delincuente perseguido dispara a sus perseguidores con dolo eventual de matar a fin de inhibirlos de continuar con la persecución. El delincuente yerra el blanco pero consigue su objetivo porque los perseguidores, atemorizados, se retiran. ¿Existe en tal caso un desistimiento voluntario de la tentativa de homicidio en el hecho de que el delincuente hubiera renunciado a efectuar más disparos al ver que se había renunciado a perseguirlos? El Tribunal Federal alemán tendría que admitir, siguiendo la jurisprudencia referida, un desistimiento liberador de pena, mientras que según la concepción que yo defiendo sería imposible desde el principio un desistimiento por haberse alcanzado el objetivo, de manera que el autor debería ser penado por una tentativa de asesinato.

III. El desistimiento como tarea en la tentativa inacabada

En la tentativa inacabada es suficiente la renuncia para admitir el desistimiento, o sea, no continuar con más acciones dirigidas a causar el resultado. En esto el concepto de renuncia debe entenderse en el sentido de que excluye la tentativa fracasada y aquella que ha alcanzado su objetivo. Luego, existe un desistimiento de la tentativa inacabada, p. ej., si el ladrón de casas que quiere trepar hacia un departamento ajeno, cuando se encuentra a mitad de camino decide regresar; si el asesino retira la mano con la cual quería echar veneno a la taza de café de la víctima, si el violador se aparta de la víctima que ya había arrojado al suelo, etc.

Se discute en qué medida la renuncia del autor tendría que ser definitiva para valer como desistimiento. El punto de partida es el entendimiento de que el desistimiento no solamente consiste en la paralización de otras actividades dirigidas a producir el delito, sino sobre todo en la renuncia de la resolución criminal. Con ello, el autor que en el momento en que está ejecutando el delito se detiene un rato, hace una pausa, todavía no ha renunciado.

Por otro lado, tiene que ser suficiente que el hecho concreto hubiera sido definitivamente abandonado. Entonces, la reserva de cometer el delito

más tarde no cambia nada en cuanto al desistimiento. Cuando el autor, antes de consumar un hurto, da media vuelta y decide cometer el hurto en una oportunidad posterior (mañana, la próxima semana, dentro de un mes), esto es un desistimiento. En la jurisprudencia y la literatura se discute esto parcialmente. Pero ello tiene que ser así. Y es que el desistimiento siempre puede referirse únicamente a un hecho concreto. Lo que fuere a suceder quizás más tarde es otro hecho y no tiene nada que ver con el desistimiento dado en el momento actual. Cualquier otra concepción fracasa ante las insolubles dificultades de prueba. Y es que lo que el autor quiera hacer en una oportunidad posterior, por regla general, solamente puede saberlo él.

Constituye un problema de especial importancia práctica la delimitación entre tentativa inacabada y acabada. Y es que en la tentativa acabada los presupuestos para el desistimiento son mucho más estrictos al exigirse que se impida el resultado. ¿Qué ocurre cuando el autor no sabe si ya ha hecho todo lo necesario para producir el resultado? Este es un caso muy frecuente en los delitos violentos. P. ej., el autor dispara con intención homicida a la víctima, o la lesiona con una cuchillada en la parte superior del cuerpo. Y, a continuación, la víctima cae sangrando. En esta situación, a menudo, el autor no tiene en claro si las heridas inferidas causarían la muerte en caso de que no sean tratadas por un médico (lo cual fundamentaría una tentativa acabada) o si este no es el caso y sería necesario un disparo o una cuchillada adicional para producir la muerte (lo que significaría una tentativa inacabada). ¿Habría entonces un desistimiento cuando el autor dejare de lado ulteriores ataques y la víctima quedare con vida, o el desistimiento presupone que se hagan esfuerzos de impedimento, o sea, que se lleve a la víctima a un hospital?

En tales casos, la jurisprudencia alemana admite una tentativa acabada, o sea, solamente afirma un desistimiento cuando el autor hubiera contribuido a impedir el resultado. Esto merece aprobación. Ciertamente, hay un cierto mérito en el hecho de que el autor ha renunciado a más acciones homicidas cuando estas posiblemente hubieran sido necesarias. Pero para otorgar la liberación de pena no basta esto. Y es que cuando el autor solamente cuenta con la posibilidad de que únicamente esfuerzos activos de rescate podrían salvar la vida de la víctima, debe esperarse de él

estas prestaciones. Tiene que haber tomado precauciones contra la peor eventualidad posible. Por ello, solamente puede concederse un desistimiento –eventualmente voluntario– al autor cuando ayudare a la víctima (por regla general, llamando a un médico) y esta quedare con vida.

El Tribunal Federal alemán también se ha ocupado del caso en el cual el autor que había lesionado a la víctima con intención homicida, pero se detuvo a continuación sin pensar de algún modo en las consecuencias de la conducta que había realizado hasta ese momento. También en este caso el tribunal quiere admitir una tentativa acabada, o sea, autorizar al autor un desistimiento o eventualmente una liberación de pena solamente si hubiera actuado para impedir la consumación del hecho. Pero a mí me parece más correcto hacer depender la decisión de cómo el autor hubiera tenido que actuar si se hubiera preguntado por las consecuencias de su acción. Si hubiera existido la obligación de prestar asistencia activa, porque la lesión era posiblemente reconocible como mortal, tiene que admitirse una tentativa acabada. Pero si la lesión es de tal forma que el autor, al reflexionar sobre las consecuencias de su acción, tuvo que haber llegado a la conclusión de que la víctima iba a sobrevivir, tendría que admitirse una tentativa inacabada, de manera que en ese caso una interrupción voluntaria llevaría a un desistimiento liberador de pena. Y es que tal autor no debería ser peor tratado que aquel que confía alocadamente en que el resultado no se va a producir y también puede desistirse mediante una simple interrupción. Cuando no ha reflexionado sobre las posibles consecuencias mortales de su acción solamente debido a que la situación no había dado ningún motivo suficiente para ello, esto no es razón para negarle el desistimiento y eventualmente la liberación de pena.

Dado que los presupuestos del desistimiento dependen de la representación del autor, puede también tener lugar un cambio de posiciones entre la tentativa acabada y la inacabada. Cuando el actuante con intención homicida supone al principio que quizás habría alcanzado mortalmente a la víctima, existe una tentativa acabada que exige un auxilio activo. Pero si más tarde reconoce que la víctima solamente había sido herida levemente y su vida no corre peligro, la tentativa hasta entonces acabada se

transforma en una inacabada y ahora el autor podría desistir mediante una simple renuncia a más ataques. Esto rige también al revés. Si el autor había considerado al principio que las lesiones infligidas eran inocuas, puede desistir de esta tentativa inacabada mediante una simple interrupción. Pero si reconoce más tarde que la lesión era posiblemente mortal, la tentativa inacabada se transforma en una acabada y ahora el desistimiento solo es posible mediante un auxilio activo.

IV. El desistimiento como impedimento del resultado en la tentativa acabada

En la tentativa acabada es necesario impedir el resultado para que se dé el desistimiento. Luego, el autor del atentado que ha colocado una bomba de tiempo en el auto de la víctima tiene que retirarla oportunamente o avisar a la víctima o a la policía. El autor que ha preparado la botella con la bebida venenosa para la víctima, tiene que vaciarla antes de que la víctima la consuma, etc. Todo esto rige también para las tentativas acabadas que se presentan como autoría mediata o como hecho omisivo. Luego, cuando el médico ha enviado con la inyección venenosa a la enfermera que actúa de buena fe en camino hacia el paciente, aquel solamente puede desistirse impidiendo de alguna manera que se aplique la inyección. Los padres que dejan en el bosque, con intención homicida, a su hijo recién nacido, para que se presente un desistimiento, tienen que haber procurado que el niño todavía pueda ser rescatado (p. ej., avisando a la policía o a un médico).

Pero, en muchos casos, plantea grandes dificultades la cuestión de lo que sería una suficiente prestación de impedimento. Quiero aclarar esto con ayuda de un caso de la jurisprudencia del Tribunal Federal. El autor había intentado matar a su esposa mediante abusos peligrosos para la vida realizados con dolo eventual. Cuando ella yacía gravemente herida en el departamento, él se arrepintió y, para salvar su vida, la condujo hasta 95 metros cerca de la entrada lateral de un hospital, pues no quería ser descubierto. Luego la hizo bajar del auto y la dejó continuar a pie. A

continuación, la mujer perdió el conocimiento y cayó en un arbusto. Allí fue encontrada por transeúntes y estos la llevaron al hospital. Sin esta ayuda, la víctima hubiera muerto, pero gracias a los transeúntes fue salvada.

¿En este caso, el marido se ha desistido o no de la tentativa de homicidio? Esto depende de si se quiere hacer valer su conducta como impedimento de la muerte de su mujer. Sobre esto hay dos opiniones en la jurisprudencia y ciencia alemanas. Según una de ellas, para un “impedimento” basta que el autor hubiera colocado dolosamente una causa para evitar el resultado, que hubiera abierto a la víctima una oportunidad de rescate (que finalmente también ha surtido efectos). Aquí hablo yo de una “teoría de elevación de oportunidades”. Si se siguiera esta teoría, el autor de nuestro caso se habría desistido voluntariamente. Y es que, después de todo, ha creado una posibilidad para la salvación de su mujer, y por ello se ha vuelto causal. Pero según la opinión contraria, no es suficiente para un impedimento lo que el autor ha hecho en nuestro caso. Más bien el autor tiene que hacer lo mejor que le sea posible. Por ello, llamo a esta segunda teoría, la “teoría de la mejor prestación”. Nuestro autor no ha aportado tal prestación. Para ello hubiera sido necesario que hubiera internado a su mujer en el hospital. La prestación inferior que en vez de ello ha mostrado, no vale para esta doctrina como impedimento y el autor queda punible por una tentativa de homicidio.

El Tribunal Federal alemán, en el presente caso, ha defendido la “teoría de la mejor prestación”, o sea, ha rechazado un impedimento y con ello un desistimiento. El autor no puede “contentarse con medidas que, como él reconoce, (posiblemente) son insuficientes cuando tiene a su disposición mejores posibilidades de impedimento. Él tiene que agotar tales posibilidades de impedimento. No puede dejar lugar a la casualidad cuando puede evitarla”.

En cambio, en otras sentencias, el Tribunal Federal se ha contentado con prestaciones insuficientes cuando hubieran llevado a evitar el resultado típico. Así, un autor había prendido fuego a la casa de un matrimonio ausente. Pero tuvo remordimientos a causa de los niños que estaban durmiendo allí y llamó por teléfono a la mujer que se encontraba en un restaurante y, sin darle explicaciones, le dijo que debería regresar a su casa. Ella regresó

a su casa en un taxi y llamó a los bomberos, quienes apagaron el incendio antes de que se produjeran mayores daños. Aquí el tribunal ha aprobado la existencia de un impedimento y, con ello, un desistimiento voluntario a favor del autor pese a que estaban a disposición mejores medidas de rescate. Y es que era muy dudoso que la mujer, debido a una llamada anónima en la que no se le daba motivo alguno, hubiera regresado a casa inmediatamente. Por el contrario, hubiera aportado un rescate seguro e inmediato una comunicación a la policía o a los bomberos.

Según mi concepción, la solución correcta está en una diferenciación entre impedimento del resultado que se produzca de propia mano o por mano ajena. Si alguien por sí mismo impide el resultado, esto siempre debe valer como impedimento aun cuando pudo haber empleado medios más idóneos. Tómese el caso sencillo de que el autor hubiera acuchillado, con dolo de homicidio, a la víctima y a continuación hubiera salvado su vida vendando la herida. Y lo ha hecho de manera tan diletante que un médico, fácilmente accesible, hubiera prestado una ayuda mucho mejor. Pese a todo ha impedido el resultado. Lo correspondiente rige cuando, p. ej., el que mezcla el veneno evita la muerte de la víctima dándole un vomitivo, pese a que hubiera dado una seguridad mayor una ayuda profesional.

Si cuando se evita de propia mano el resultado también bastan las prestaciones insuficientes esto se debe, en primer lugar, al tenor de la ley, vinculante por el principio de *nullum crimen*. Cuando alguien salva la vida de otro vendando una herida o dándole un vomitivo, no puede discutirse que ha impedido la muerte de aquel a quien ha atacado antes. Y la ley no exige más de un impedir. En segundo lugar, la liberación de pena de la tentativa de homicidio también puede justificarse por política criminal si se piensa que el autor ha tenido bajo su control los acontecimientos y, mayormente, puede procurar otro tipo de ayuda cuando fracasen sus propios esfuerzos.

Por el contrario, cuando el autor de la tentativa confía en una evitación del resultado por mano ajena, se tendrá que exigir, para un impedimento pleno, que recurra a las mejores posibilidades de rescate que hubiera podido reconocer él mismo. En tales casos, el tenor no obliga a interpretar en el sentido de la teoría de la posibilidad de oportunidades, porque cuando actúan varios no todo cocausante tiene que ser visto como impedimento.

Así puede muy bien decirse que en el caso del hospital no ha sido el marido quien ha impedido la muerte de la esposa, sino el transeúnte que la llevó al hospital y el médico que la trató. En el caso del incendio es más comprensible imputar el impedimento del resultado a la madre que regresa a casa y a los bomberos antes que al que hizo la llamada anónima.

En tales casos, desde la perspectiva político-criminal no existe una razón suficiente para premiar con la impunidad a aquel que, con sus acciones poco decididas, deja subsistentes más peligros de los necesarios para la víctima. No convence la idea de que, en caso contrario, el autor, por temor a ser descubierto, no haría nada, y que por ello siempre sería mejor premiar los esfuerzos insuficientes con el privilegio del desistimiento. Con el mismo argumento también podría decirse que el autor se animaría más a realizar acciones peligrosas para la vida, mientras más fácil sea obtener un desistimiento liberador de pena. Además, en el sentido de la protección de la víctima debe considerarse que naturalmente son más útiles para el lesionado las mejores prestaciones que los esfuerzos insuficientes. Y también rara vez se vincula un autoabandono, o sea, el peligro concreto de ser descubierto, con los esfuerzos óptimos de rescate. En el caso del hospital, el marido, haciendo ingresar a su mujer al hospital, habría hecho todo lo posible de su parte, aun cuando se hubiera hecho pasar por un transeúnte anónimo que encontró a la víctima. Y también en el caso del incendio el autor hubiera podido alarmar a los bomberos sin traicionarse a sí mismo.

De todo esto resulta que los esfuerzos especialmente frecuentes de hacer intervenir a terceros que impidan el resultado, deben ser evaluados de manera diferenciada. En todo caso se presenta un impedimento y con ello un desistimiento cuando el autor trae a un salvador profesional (médico, bombero, guardia de aguas, etc.) y, en caso de ser necesario, le da las explicaciones necesarias (p. ej., sobre el tipo de enfermedad, la situación del foco del incendio) y presta primeros auxilios a la víctima hasta la llegada de este. Por el contrario, no basta para un impedimento la simple exhortación (equivalente a "inducción") a salvadores no profesionales, sin asegurarse de controlar su intervención exitosa. Luego, el Tribunal Federal ha dicho, con razón, que no basta para un desistimiento que el autor de una tentativa de homicidio, que había acuchillado a su mujer, se hubiera

alejado diciendo a su madre que “se preocupe por hacer todo lo necesario”. Y es que en tales casos el autor no puede saber si el interlocutor va a hacer algo y si esto eventualmente es lo correcto y lo necesario. Luego, el hijo hubiera tenido que exhortar de manera concreta a su madre, llamar a un médico y a una ambulancia, y no hubiera debido alejarse hasta que estos no hubieran llegado y no se hubiera necesitado más de él.

V. La voluntariedad del desistimiento

I. *La teoría psicológica y normativa*

Aun cuando, según las reglas expuestas, se presentare un desistimiento, este tiene que ser voluntario si se quiere dejar impune la tentativa. Esto rige en igual medida para el desistimiento de la tentativa inacabada como de la acabada. La “voluntariedad” es, por ello, el último gran tema de la teoría de la tentativa al cual dedicaremos nuestra atención. Este tema es tan polémico como los demás problemas del desistimiento. No obstante, pueden mencionarse dos concepciones básicas entre las cuales se mueve la discusión.

Según la teoría psicológica, el desistimiento es voluntario cuando el autor hubiera actuado sin coacción psicológica; es, en cambio, involuntaria, cuando las circunstancias hubieran efectuado tal fuerte presión psicológica en el autor que no pudo actuar de otra manera que desistiéndose. Según las teorías normativas, que se presentan en numerosas variantes, no interesa solamente valorar el aspecto psicológico sino el motivo del desistimiento: el desistimiento solamente se juzga como “voluntario” cuando se manifiesta como una “vuelta”, como expresión de un cambio de actitud y, con ello, como un “retorno a la legalidad”.

Ambas concepciones llevan al mismo resultado en los grupos de casos más importantes en la práctica, en los cuales el riesgo de ejecución del hecho es muy grande: cuando el autor desiste, porque se siente observado y, en caso de realizar el tipo, debe contar con que será apresado pronto y los hechos podrán probarse. La teoría psicológica negará aquí una voluntariedad argumentando que el autor se encontraba en una situación de coerción síquica y no tenía prácticamente ninguna alternativa distinta de desistirse.

Las teorías normativas rechazarán igualmente una voluntariedad, porque el desistimiento no se basa en un cambio de actitud del autor, sino solamente en una adaptación a la situación adecuada al delito, y por ello, no merece la liberación de pena.

Mientras que en la jurisprudencia domina la teoría psicológica, en la literatura alemana dominan, aunque no de manera unitaria, las concepciones normativas. La contraposición de opiniones gana importancia práctica sobre todo cuando llevan a resultados distintos; y esto ocurre predominantemente en tres constelaciones que van a ser aclaradas usando ejemplos de la jurisprudencia.

La primera constelación tiene que ver con hechos en los cuales el autor, si bien no puede realizar por completo su plan delictivo, lo realiza en la medida de lo posible descuidando objetivos secundarios. En los hechos que debía resolver el Tribunal Federal alemán, el autor había querido matar a su esposa divorciada y a su nuevo novio. El novio apareció primero en el lugar de los hechos, el autor lo lesionó gravemente y hubiera sido muerto por el marido si no hubiera aparecido la mujer, cuya muerte era todavía más importante para el autor. Temiendo que, de continuar con la muerte del novio, la mujer pudiera escapar y hacer imposible su muerte, el autor dejó de lado un ulterior atentado contra el novio y mató a la mujer.

La cuestión de si el autor se ha desistido voluntariamente de la tentativa de asesinato al novio, tiene que ser afirmada desde el punto de vista de la teoría psicológica. Y es que el autor hubiera podido matar, en vez de a su anterior esposa, al novio de esta. Bajo una "libertad de elección", el autor se decidió por la preeminencia de la muerte de la ex-esposa sin haber sido motivado para ello por una coerción externa. El Tribunal Federal también llegó a admitir un desistimiento voluntario. Para el tribunal, es decisivo "que la circunstancia pertinente se hubiera presentado para el autor como un obstáculo coaccionante". Pero no habría existido un obstáculo coaccionante para el asesinato del novio: "Más bien, apartarse de éste se manifiesta como el resultado de una sobria ponderación".

En cambio, desde el punto de vista de las teorías normativas, se tendrá que rechazar una voluntariedad del desistimiento. Y es que cuando alguien

no termina de ejecutar un asesinato solamente, porque, en el marco de su plan del hecho, es más importante para él otro asesinato, en ello no existe una vuelta del camino hacia los objetivos criminales, no hay ningún cambio de actitud hacia el hecho y no hay un retorno a la legalidad. El autor no ha merecido la liberación de la pena por tentativa.

La segunda constelación en la cual las concepciones teóricas divergentes llegan a resultados distintos es aquella en la que el autor desiste solamente porque puede alcanzar el objetivo buscado de una manera mejor y menos peligrosa. Eso ocurrió en un caso en el cual el autor de una tentativa de violación se había apartado del hecho solamente porque la víctima le había propuesto –fingidamente– que, luego de una corta pausa, se entregaría voluntariamente.

El Tribunal Federal alemán quiere aquí, desde la perspectiva de la teoría psicológica, admitir un desistimiento voluntario de la tentativa pues el autor no habría estado obligado a detenerse y a renunciar inmediatamente a forzar el acto sexual. Una concepción normativa del desistimiento llegaría aquí a otro resultado. Y es que en la conducta del autor no se manifiesta una vuelta, un cambio de actitud, sino solamente la circunstancia de que un delincuente sexual ha recorrido el camino más cómodo para alcanzar su objetivo, camino que se le ha abierto gracias a sus acciones violentas de tentativa.

La tercera constelación de casos, en la cual se puede arribar a resultados divergentes empleando las interpretaciones psicológica y normativa, se refiere al desistimiento motivado en graves inhibiciones internas (remordimientos graves, sentimiento de culpa, compasión, vergüenza). Voy a aclarar esto con ayuda de una reciente sentencia del Tribunal Federal. Ella se basó en hechos en los cuales el autor, con dolo homicida, acababa de acuchillar a su esposa cuando aparecieron repentinamente los dos hijos comunes de la pareja en la puerta del dormitorio. Entonces, como el autor “no quería continuar su hecho ante los ojos de sus hijos, y tampoco podía hacerlo física y emocionalmente”, se apartó de su esposa y echó a sus hijos del dormitorio. Y aunque se quedó nuevamente solo con su esposa, por razones psicológicas ya no fue capaz de acuchillarla otra vez.

El Tribunal Federal se ve compelido por su concepción psicológica del desistimiento a admitir un desistimiento involuntario. La conmoción síquica desatada por la aparición de los hijos también habría continuado después que estos fueran echados del cuarto y habría incapacitado al autor a culminar el hecho. Bajo una evaluación normativa, en cambio, se tendrá que llegar a la voluntariedad del desistimiento. Y es que la visión de los hijos había modificado la actitud interna del autor y por ello había retornado a la legalidad. Aquí existe una vuelta que justifica liberar de pena por tentativa de homicidio. En tal constelación, la evaluación normativa favorece al desistido, mientras que en los dos otros grupos, el desistido es tratado con más severidad que la teoría psicológica.

2. La insostenibilidad de la concepción psicológica

La teoría psicológica fracasa sobre todo ante dos objeciones: su incompatibilidad con la ratio del privilegio del desistimiento (a) y su inejecutabilidad práctica (b).

a) Yo veo el sentido del desistimiento, al igual que la opinión dominante y que comparte básicamente también la jurisprudencia alemana, en la desaparición de la necesidad de pena. Cuando el autor desiste voluntariamente, ni las necesidades de prevención general ni las de prevención especial o el postulado de una justa retribución (en tanto sea admitido siquiera como fin de la pena) exigen una punición. Pero desde este punto de vista solamente resulta razonable tomar como criterio de la voluntariedad al “retorno a la legalidad”, la “vuelta interior”. Y es que solamente en este presupuesto desaparecen las razones que sostienen la punibilidad de la tentativa. Cuando el autor realiza su plan en el marco de lo posible con la mayor energía criminal (B, V, I), o cuando finalmente alcanza, de una manera más cómoda, el objetivo gracias a la violencia empleada (B, V, I), solo se está adecuando a la situación de la misma manera que lo haría cualquier delincuente que calcule las cosas racionalmente. No se entiende, desde puntos de vista de política criminal, por qué debería llevar a la impunidad tal conducta que está condicionada por completo por el objetivo en el sentido de la realización del delito. Dado que sigue

habiendo necesidad de pena en el autor, la impunidad no está cubierta por la ratio del privilegio del desistimiento.

El propio Tribunal Federal entiende que su concepción lleva a resultados insatisfactorios y opina: “Esto explica también por qué una considerable parte de la literatura se ha vuelto contra la concepción psicológica de la jurisprudencia y considera necesaria una valoración normativa del motivo del desistimiento (...) Si bien dichas doctrinas toman más en cuenta que la opinión defendida en la jurisprudencia la idea básica de la regulación del desistimiento, sin embargo, no son compatibles con el tenor de la ley”.

Pero esto debe ser rechazado. Cuando alguien, debido a una modificación de las circunstancias exteriores, se encuentra en una situación en la cual no tiene, razonablemente, otra elección que desistirse, tal desistimiento puede ser denominado involuntario, sin por ello atentar contra las reglas del uso idiomático usual. Y es que el desistimiento ha sido impuesto coactivamente al autor a través de la situación cambiante.

b) También es imposible en la práctica hacer una delimitación entre la voluntariedad y la involuntariedad según la fuerza de la presión síquica que hubiera recaído en el autor. Y es que esta presión no puede ser medida con posterioridad, y tampoco puede fijarse un punto a partir del cual la voluntariedad se transforma en involuntariedad. Si el autor creía que ya no podía realizar el tipo, allí se presenta de todos modos una tentativa fracasada (B. I), de manera que no se plantea la cuestión de la voluntariedad. Pero si el autor parte de que continúa la posibilidad de realizar el delito, no puede creer al mismo tiempo que ya no es capaz de realizar el tipo.

Cuando, p. ej., el autor se siente observado, si bien podía sustraer sin problemas la cosa que quiere hurtar, pero se desiste debido al elevado riesgo de ser detenido enseguida, no va a pensar que se ha doblegado a una coerción irresistible, sino que ha renunciado a continuar la ejecución porque, bajo las circunstancias dadas, no valía la pena. Lo correspondiente rige cuando el autor es reconocido y se desiste entonces porque teme ser denunciado y penado. Aquí no existe ningún obstáculo coaccionador, sino el desistimiento es una cuestión de ponderación de oportunidades y riesgos.

Resulta especialmente clara la inutilidad de la delimitación “sicométrica” cuando el desistimiento no se basa en presiones exteriores sino en una conmoción anímica. Eso ocurrió en el caso que he expuesto en el cual la tentativa de homicidio de la esposa fue perturbada por la aparición de los hijos (B, V, I). Si aquí, tras la aparición de los hijos (que objetivamente no constituían una causa de impedimento y fueron fácilmente expulsados) el autor, tal como se dice en el fallo, ya no “quiso ni tampoco pudo emocional y síquicamente continuar” el hecho, ya en la dicción se ve claramente que en tales situaciones no pueden separarse psicológicamente el “no-querer” del “no-poder” (esto es, la voluntariedad de la involuntariedad). Si se admitiera aquí, siguiendo al Tribunal Federal, una involuntariedad, al fracasar el privilegio del desistimiento se penaría al autor por la fuerza de su conmoción anímica pese a que precisamente ella ha hecho que lo piense mejor y retorne a la legalidad. La circunstancia de que, bajo puntos de vista de política criminal, se haga desaparecer la necesidad de pena, es utilizada paradójica y precisamente para sostener la punibilidad!

3. *Acercas de la fundamentación de la concepción normativa de la voluntariedad*

En lo particular resulta muy polémica la forma como deba efectuarse la indispensable normativización del criterio de la voluntariedad. No obstante, se está imponiendo cada vez más en la ciencia alemana la idea rectora del “retorno a la legalidad”. Se tendrá que reconocer como criterio más importante para cumplir con la exigencia del desistimiento la infracción del plan de la conducta del autor. Si el autor, p. ej., se desiste al tener compasión con la víctima o porque le entra un miedo inmotivado o pierde el valor, esto constituye una conducta contraria al plan, incompatible con la motivación dirigida hacia el hecho concreto; pero con esta conducta, en última instancia, el autor demuestra ser una persona que actúa, en relación con el caso dado, respetando la ley. Por ello, el legislador hace desaparecer la necesidad de pena. No se necesita una retribución justa, porque el autor mismo ya ha “derogado” su hecho de la tierra. No existe una necesidad de pena por prevención general, porque las exigencias del derecho, frente al plan delictivo del autor, finalmente se han impuesto. Y con la conducta

concreta del autor tampoco se ha dado lugar a una necesidad de pena por prevención especial, dado que el autor ha respetado al final el derecho.

De esta manera, se armoniza la interpretación de la voluntariedad con la ratio del privilegio del desistimiento (B, V, 2). En ello tiene uno que cuidarse desde el principio de dos errores. En primer lugar, la voluntariedad no exige un motivo de gran valor moral para que se admita el desistimiento. Con razón, esta es también la opinión del Tribunal Federal. Pero esto no es un argumento contra la concepción normativa del desistimiento, pues tampoco esta exige una cualidad ética del motivo del desistimiento. Es indiferente que el motivo merezca reconocimiento moral, tal como ocurre con la compasión. Si el autor se detiene porque, sin razón alguna, ha tenido miedo, porque encuentra que los esfuerzos asumidos inicialmente no valen la pena, o porque simplemente ya no tiene ganas, también esto es voluntario; y es que no se exige más que una conducta legal. En segundo lugar, el retorno a la legalidad no presupone que el autor tampoco quiera cometer delitos en el futuro. Es suficiente que hubiera vuelto a la legalidad en relación con el hecho concretamente intentado. Luego, si el autor que se ha desistido por compasión o miedo, decide combatir su “debilidad” y eventualmente cometer el delito más adelante, siempre se habrá desistido voluntariamente –con independencia de la imposibilidad de prueba de tales reservas–. Y es que el legislador solamente exige un desistimiento del “hecho” concreto. Para ello son irrelevantes los planes del autor en relación con su conducta futura.

En cambio, el desistimiento es involuntario cuando el autor se vea descubierto y, aunque todavía podía consumar el hecho, tuviera que contar con una denuncia y una pena en contra de él; o si, en contra de las expectativas iniciales del autor se muestra que la consumación exigirá un gasto de dinero, tiempo y esfuerzos desproporcionados frente a la ganancia esperada. Y es que en este caso, el autor no ha cambiado su actitud hacia el delito, no se comporta de manera contraria a su plan, sino se adapta “de conformidad con los objetivos del hecho” a la situación cambiante. No retorna a la legalidad, sino solamente hace lo que cualquier delincuente incorregible haría frente a la misma situación. No existe ningún motivo para recompensar tal conducta con la liberación de pena; la necesidad de pena continúa en toda su magnitud.

La delimitación entre tentativa inidónea y delito putativo (*)



La frontera entre la tentativa inidónea (básicamente punible) y el (impune) delito putativo hasta ahora no ha sido definida de manera clara en algunos campos, pese a que la delimitación, p. ej., en el Derecho penal tributario, es de una importancia extraordinaria: La contribución expone resumidamente el problema y llega a una nueva solución diferenciadora.

1. LA IDEA FUNDAMENTAL BÁSICA Y EL CAMPO DE DELIMITACIÓN PROBLEMÁTICO

La delimitación entre tentativa inidónea y delito putativo es sencilla en su núcleo: comete una tentativa inidónea quien con su acción parte erróneamente de circunstancias que, si se presentaran, completarían el tipo. Por el contrario, quien capta correctamente todas las circunstancias externas, pero equivocadamente supone que su conducta atenta contra una prohibición penal, comete un delito putativo impune. Entonces, quien durante el crepúsculo tiene erróneamente por una persona al tronco del árbol contra el cual dispara, comete una tentativa [inidónea] de homicidio. Quien por el contrario, en un bosque de su propiedad, dispara contra el

(*) N. d. t.: el título original en alemán es "Die Abgrenzung von untauglichem Versuch und Wahndelikt". El artículo fue publicado en el *JZ*, 1996, pp. 981-987.

tronco de un árbol que ha reconocido como tal, creyendo que esto es punible, comete un delito putativo. La impunidad del delito putativo resulta del principio “nullum crimen sine lege”⁽¹⁾ (art. 103, segundo párrafo de la Constitución): donde no hay un tipo penal, son imposibles por igual una consumación y una tentativa. La actitud interna del autor, hostil al Derecho, no puede por sí sola fundamentar una punibilidad.

Pese a la naturalidad de esta idea fundamental, sin embargo, la diferenciación entre tentativa inidónea y delito putativo es muy difícil en un campo límite, y hasta ahora no ha sido esclarecida de manera terminante. P. ej., ¿comete una tentativa de falso testimonio quien presta juramento ante el Fiscal, por el hecho de haber supuesto erróneamente un elemento típico (“el lugar competente para la toma de juramentos”)? ¿O practica un delito putativo impune porque consideró erróneamente que una conducta no sancionada penalmente (jurar ante un Fiscal no competente para la toma de un juramento) era punible? Tales cuestiones han sido respondidas en la literatura y jurisprudencia de manera diferente hasta hoy (más al respecto infra 3). Pero pese a estas vaguedades, en amplios ámbitos hay consenso sobre la delimitación; es más, el consenso es tal que, en parte, ni siquiera hay sentencias sobre ello. Aquí comenzaremos con las constelaciones (más o menos) indiscutibles.

2. EL ÁMBITO NO DISCUTIDO

a) Errores en los hechos no llevan (casi) nunca a un delito putativo

Cuando el autor se representa los hechos que completarían un tipo, su hacer dirigido a la realización de estos hechos, por regla general, solo puede fundamentar una tentativa inidónea y no un delito putativo. Entonces, cuando un catedrático distraído cree erróneamente haber recibido un elevado honorario por su informe pericial, y no lo declara al fisco, esto es, una tentativa punible de un fraude tributario (art. 370, segundo párrafo, Ley tributaria). La cuestión de si se presenta un delito putativo solo puede

(1) Comp. HERZBERG, JuS 1980, p. 469.

surgir cuando el actor se encuentra en un error de Derecho sobre algo que lo inculparía, p. ej., cuando guarda silencio ante el fisco sobre un ingreso monetario, que él cree erróneamente tiene que declarar tributariamente. Existe una excepción (discutida) a esta regla de que los errores en los hechos no pueden fundamentar un delito putativo: la suposición errónea de un deber por el status (comp. infra en 3 d). Quien, entonces, ante un documento falsificado cree que se trata de un documento auténtico que lo designa al funcionario público y, a continuación, comete un supuesto delito contra la Administración pública, practica un delito putativo impune, aunque su error se encuentre en un campo fáctico.

b) La suposición de tipos no existentes como delito putativo

Aquí pertenecen casos como la comisión de adulterio, el intercambio de parejas, los actos homosexuales o los “abusos deshonestos” en animales, en los que el autor cree que tales conductas son punibles. Estos errores son posibles, porque esas acciones realmente estaban amenazadas con pena [en Alemania] hasta mucho después de la posguerra⁽²⁾. Naturalmente, las representaciones jurídicamente erróneas no pueden hacer que el “autor” sea punible, porque para su conducta no está disponible ninguna disposición penal. Lo correspondiente rige cuando alguien cree que es punible algo que nunca lo fue durante la vigencia del StGB: el hurto de uso (fuera del art. 248b), los esfuerzos de un delincuente para frustrar su propia punición, la fuga de la prisión o el uso clandestino de un teléfono ajeno.

c) El desconocimiento de causas de justificación y de otros obstáculos de punición como delito putativo

Cuando alguien defiende su propiedad contra un ladrón en fuga disparándole en la pierna, dentro del marco de la necesidad racional [Erforderlichkeit], está amparado por la legítima defensa (art. 32)⁽³⁾. Cuando el autor considere esto punible por opinar que solo podía defenderse con

(2) Comp. ROXIN, “Strafrecht, AT”, t. 1, 2^{da} ed., 1994, cap. 2, n. marg. 3.

(3) Comp. ROXIN, “Strafrecht, AT”, t. 1, 2^{da} ed., 1994, cap. 15, n. marg. 46.

un arma de fuego contra ataques corporales, así y todo tampoco comete una tentativa de lesiones (art. 223a), sino un delito putativo. Igualmente es impune quien arresta a otro bajo el presupuesto de la detención provisional (art. 127 StPO), considerando que esto es un secuestro punible (art. 239), porque cree que solo los órganos de persecución penal estarían facultados para detener. Lo mismo ocurre cuando se desconocen las causas de justificación: quien bajo los presupuestos del art. 35 [estado de necesidad exculpante] comete un hecho antijurídico, sigue siendo impune, así crea él que es punible. Ello no es distinto en las causas de exclusión de la punibilidad (o condiciones objetivas de punibilidad): el Parlamentario que injuria a alguien en el Bundestag, comete un delito putativo en virtud del art. 36 [disposición penal que excluye la punibilidad de las expresiones de Parlamentarios], aun cuando él juzge su conducta como punible (por cierto que también sería impune una tentativa).

d) La extensión desmesurada de los conceptos típicos como delito putativo

En caso de una extensión desmesurada de los elementos típicos, es decir, cuando el autor define erróneamente un elemento en contra suya, no es tan indiscutible la presencia de un delito putativo, si bien hoy en día esta solución goza de amplio reconocimiento. En la jurisprudencia el problema se ha vuelto actual sobre todo en el tipo de la falsificación documental. En el caso BGH, s. penal, t. 13, p. 235, el inculpado había hecho imprimir vales, cuyos cupones sueltos debían servir para adquirir cigarrillos en las cantinas de las fuerzas armadas extranjeras [que en ese entonces ocupaban territorio alemán]. Pero las tarjetas y los cupones no tenían consignado el nombre del otorgante ni tenían carácter probatorio, no obstante lo cual, el inculpado había pensado que tenían la calidad de documentos. El TFA declaró al respecto (idem, p. 240 y s.):

“Si él creyó(...) que los cupones sueltos eran documentos, pese a faltar el otorgante y el carácter probatorio en el sentido del art. 267 StGB, habría prestado ayuda a un hecho que consideró punible, debido a una errónea valoración jurídica (error de subsunción), es decir, a un delito putativo”.

Bajo estas circunstancias su propia conducta sería también “un delito putativo y por ello impune”. El fallo no quedó en ese entonces sin contradecir⁽⁴⁾, y tampoco el TFA sostuvo siempre esa opinión. Todavía el BGH, s. penal, t. 7, p. 53 (58) había opinado en un caso similar que podría existir una tentativa de falsificación documental si los inculpados “consideraron como documentos los cupones de víveres de la zona de ocupación soviética, sin que lo fueran”. Pero solo es correcto aceptar un delito putativo en forma de un “error de subsunción al revés”: lo que se representaron los inculpados, viendo las cosas objetivamente, no fundamenta una falsificación documental. Por ello, falta un dolo correspondiente al tipo objetivo. Debe quedar impune aquel que ve como una falsificación documental lo que no lo es sobre la base del contenido de su representación.

Esto rige para interpretaciones exageradas de todos los elementos típicos, y no solo de los normativos, que están en primer plano, sino también de los preponderantemente descriptivos⁽⁵⁾. Quien, p. ej., toma por una “persona” en el sentido de los arts. 211 y ss. a alguien que sigue conectado a un aparato de respiración después de su muerte cerebral, reconocida por el actor, y cree cometer un homicidio desconectando el aparato que mantiene la circulación sanguínea, ha practicado en realidad un delito putativo. Cuando se parte de la opinión dominante, para la cual la vida se acaba con la muerte cerebral, el autor ha practicado su acción sobre un muerto. Al juzgar al muerto como una “persona” extiende exageradamente este concepto y se encuentra en un impune error de subsunción al revés. Lo que sería reconocido como impune mediante una correcta definición del concepto “persona” no puede convertirse en punible mediante una falsa definición.

El dicho de que las interpretaciones exageradas de elementos típicos llevan a un delito putativo rige para todos los elementos, así que no se necesita más ejemplos. Solamente obsérvese aún que ella rige también para aquellos elementos del tipo que no estén mencionados expresamente en la ley, sino que deban ser inferidos recién del contexto de la disposición.

(4) A favor de una falsificación de documentos, FOTH, JR 1965, p. 370; TRAUB, JuS 1967, p. 115.

(5) Comp. al respecto ROXIN, “Strafrecht, AT”, 2^{da}. ed., 1994, cap. 10, n. marg. 57 y ss.

Así se reconoce que, según el art. 142 [alejamiento no permitido del lugar de un accidente], no surge un deber de esperar cuando alguien sufre “daños exclusivamente para sí” mediante un accidente de tráfico por él ocasionado (BGH, s. penal, t. 8, p. 263); pues la ratio del art. 142 radica en la seguridad de pretensiones de reparación de terceros. Ahora bien, cuando alguien, que es el único que sufre daños, cree que tiene el deber de esperar, extiende exageradamente el “elemento típico no escrito” del “deber pasivo de comprobación” (BGH, s. penal, t. 8, p. 265) y no comete una tentativa de fuga del lugar del accidente, sino un delito putativo (BGH, s. penal, t. 8, p. 268)⁽⁶⁾. La circunstancia de que hoy en día es impune la tentativa de huida del lugar del accidente, no aminora la importancia científica de la diferenciación.

Lo correspondiente rige para la extensión exagerada de deberes de garante en los delitos impropios de omisión. “El autor de la omisión que –erróneamente– supone tener un deber de garante, pese a que los hechos –reconocidos por él– no proporcionan este deber”, practica solamente un delito putativo, según el parecer correcto de la Sala Plena de Derecho Penal (BGH, s. penal, t. 16, p. 155, 160).

3. EL ÁMBITO DISCUTIDO: ERRORES QUE PERJUDICAN A UNO MISMO EN EL CAMPO PREVIO AL TIPO

a) La constelación de casos

Los casos hasta ahora no esclarecidos definitivamente, en los cuales la jurisprudencia todavía no ha encontrado una línea clara, se refieren a errores de Derecho inculpanes en el campo previo al tipo. Lo que se quiere decir con ello será ilustrado con cinco constelaciones de casos especialmente importantes.

aa) Ajenidad

Supóngase que alguien vende una cosa que ya ha vendido antes, pero que todavía no ha transferido debido a una mayor oferta de un segundo

(6) ENGISCH todavía en 1972 dudaba sobre esto (L.-H. a Heinitz, 1972, p. 191 y ss., 201 y ss.). Por el contrario, acertadamente, HERZBERG, JuS 1980, p. 470.

comprador, la quien se entrega finalmente la posesión! Al hacer esto, la persona supone haber cometido una apropiación ilícita, porque tiene la errónea concepción jurídica de que la propiedad ya habría sido traspasada con el primer contrato de venta a la primera parte contractual. Aquí se descarta una apropiación ilícita consumada, pues la cosa no era "ajena" al tiempo de la segunda venta, sino todavía estaba en propiedad del autor. Pero este ha creído que era ajena después de reflexiones jurídicas equivocadas. ¿Es esto entonces la tentativa inidónea de una apropiación ilícita o un delito putativo? El autor no ha definido el concepto "ajeno" de manera equivocada ni exagerada. Él sabía que una cosa es ajena cuando está en propiedad o en copropiedad de otro. Solamente se ha equivocado sobre los presupuestos jurídicos de la transferencia de la propiedad. Se equivoca sobre las reglas jurídicas en el campo previo al tipo.

bb) Daños patrimoniales

También en la estafa pueden ocurrir errores similares. P. ej., alguien que, en una certificación notarial de un contrato de venta sobre un inmueble, proporciona un menor precio para ahorrar derechos⁽⁷⁾. Al hacer eso parte erróneamente de que los derechos del Notario se miden por el verdadero y mayor precio de venta, cuando en realidad estos se orientan únicamente por el precio de venta legalizado. Entonces, a falta de un daño, no existe una estafa consumada. Con ello, se plantea la cuestión de si debe admitirse una tentativa inidónea de estafa o un delito putativo. El autor define el concepto del daño patrimonial de manera totalmente correcta. Pero él se equivoca en cuanto a los presupuestos jurídicos de los derechos que hacen surgir tal daño. Aquí el autor llega a suponer su punibilidad mediante una equivocada opinión jurídica en el campo previo al tipo.

cc) Competencia

Un error de este tipo muy frecuente en la jurisprudencia consiste en el error sobre la competencia en el art. 154 [falso juramento]. Alguien

(7) Más o menos así sucedió en el caso BayOLG NJW 1955, p. 1567 y ss.

proporciona, bajo juramento, una información falsa ante una autoridad no competente, pero creyendo que ella lo era. ¿Tentativa o delito putativo? También aquí el autor no se equivoca sobre el concepto de competencia, pues sabe que con ello se quiere decir un lugar autorizado de manera general y en el caso concreto para la toma de juramentos. Su error, por cuyo motivo se cree punible, se refiere a las normas extrapenales repartidoras de competencias, mediante las cuales se distribuye a una autoridad la potestad de tomar juramentos. Con ello, tenemos ante nosotros otra vez un error jurídico inculpante en el campo previo.

dd) El hecho previo en el delito de encubrimiento personal

Muchas veces (y sin unidad de criterios, comp. infra f) se ha decidido también el caso en el cual el autor de un supuesto delito de encubrimiento personal (art. 258), debido a un juicio jurídico equivocado, supone un “hecho antijurídico previo”. Así ocurre cuando alguien considera como acción punible al hecho previo, cuya sanción quiere eludir, conociendo sus circunstancias externas, mientras que en realidad se trata solo de una contravención. También aquí el autor define acertadamente el “hecho antijurídico” en el sentido del art. 258 como “aquel que realiza el tipo de una ley penal” (art. 11, primer párrafo, N° 5). Pero se equivoca sobre sus presupuestos (a saber, sobre si el acontecer del hecho previo, conocido por él, es un hecho punible o no). La suposición de la punibilidad descansa entonces sobre un error inculpante en el campo previo.

ee) El deber de tributar

Como último caso, veamos la suposición errónea de un deber tributario. Debido a la cantidad y a la confusión de deberes fiscales, los errores jurídicos inculpantes, en este campo, son posibles con especial facilidad⁽⁸⁾, aun cuando difíciles de probar (por lo que la importancia práctica del problema no se sale de los límites). Sea mencionado aquí solamente el

⁽⁸⁾ Comp. así los ejemplos prácticos en REIF, *Wistra* 1986, p. 193 y ss.

caso sencillo⁽⁹⁾ de quien hereda algunos miles de marcos de su esposa y cree erróneamente que debe afectar tributariamente esta suma, de manera que, ante el requerimiento del Fisco responde conscientemente de manera falsa, en cuanto a que solo tendría deudas. ¿Es esto una tentativa de fraude tributario o un delito putativo? El autor no se equivoca sobre el concepto de la reducción del impuesto o del hecho tributariamente relevante, en el sentido del art. 370 AO, sino sobre los presupuestos jurídicos de la aparición de la pretensión fiscal, es decir, sobre una circunstancia anterior al tipo del fraude fiscal.

b) La teoría del efecto fundamentador de la tentativa del error en el campo previo

Fue BLEI⁽¹⁰⁾ quien en primer lugar defendió la concepción de que una tentativa siempre se da cuando el autor “está sometido a un error de Derecho en el campo previo del tipo, a consecuencia del cual creía haber realizado el elemento típico, el que visto por sí mismo había sido entendido de manera correcta”. Esta concepción ha sido ampliada por HERZBERG⁽¹¹⁾, quien la ha convertido en una teoría todavía muy influyente hoy en día. En elementos como el de la “ajenidad” (arts. 242, 246) o el “hecho anti-jurídico” (art. 258) se trataría de “conceptos de remisión”⁽¹²⁾. Se estaría remitiendo a las reglas sobre la transferencia de propiedad y a todos los demás tipos penales:

“En la medida en que el error en contra del autor se refiera al campo de remisión, el campo jurídico previo, este error fundamenta el dolo y una tentativa inidónea. Por el contrario, se debe admitir un delito putativo cuando la comprensión jurídica del autor esté en contradicción con la decisión fundamental tomada [por el legislador] con la colocación del elemento”.

⁽⁹⁾ Ejemplo de BURKHARD, *Wistra* 1982, p. 180.

⁽¹⁰⁾ Al final de una serie de artículos dedicados al delito putativo en *JA* 1973, pp. 237, 321, 389, 459, 529, 601 (604); siguiéndolo, HERDEGEN, LH al BGH, 1975, p. 206.

⁽¹¹⁾ HERZBERG, JuS 1980, p. 472 y ss.

⁽¹²⁾ Sobre esto y lo que sigue, HERZBERG, JuS 1980, p. 473.

Entonces, quien quiere apropiarse de una cosa ajena o frustrar la punición de un delito, se rebela contra la “decisión fundamental” del legislador y merece la pena por tentativa, incluso cuando, por lo demás, se equivoca jurídicamente en contra de él mismo. Por el contrario, cuando alguien cree que la segunda venta de una cosa propia (reconociendo además que le pertenece) o las contravenciones, reconocidas como tales por él, son “hechos antijurídicos” en el sentido del art. 258, se equivoca sobre la “decisión fundamental” del legislador de impedir solamente la apropiación de cosas ajenas y la frustración de una punición, y su hecho permanece impune como delito putativo. Los elementos que pertenecen al campo previo del ámbito de remisión pueden ser reconocidos, según esta teoría, por el hecho de que las modificaciones jurídicas en el ámbito de la remisión no tocan al tipo. Las modificaciones de las reglas sobre la transferencia de la propiedad, sobre la punibilidad de hechos previos o el carácter de deber tributario no tienen influencia en el sentido de los correspondientes tipos penales, incluso si se modifica su alcance. Si se sigue esta “teoría del campo previo”, en todos los cinco casos del principio existe una tentativa punible.

En contra de esta –muy atendible– teoría, uno puede levantar dos objeciones. En primer lugar, ella lleva a una enorme ampliación de la punibilidad, no siempre plausible desde la perspectiva político-criminal. Ya la sentencia RG, s. penal, t. 65, p. 165 (p. 172) ha observado en cuanto al error sobre el deber tributario⁽¹³⁾:

“Frente a la confusión de los deberes... impuestos en las leyes tributarias, traería consecuencias insostenibles si se permitiera que... fuera hecho responsable cualquiera que bajo un desconocimiento jurídico cause la impresión de que su conducta, que no tiene efectos penales al no existir la supuesta pretensión tributaria, tendría por consecuencia la disminución de una pretensión tributaria.”

(13) En el mismo sentido, desde la perspectiva actual, p. ej., BURKHARDT, *JZ* 1981, p. 687 y ss.; HEIDINGSFELDER, “Der umgekehrte Subsumtionsirrtum”, 1991, p. 90; REIß, *Wistra* 1986, p. 193 y ss.

O piénsese en el caso de alguien que comete un supuesto perjurio ante la Policía, la cual es totalmente incompetente para tomar juramento⁽¹⁴⁾: según la teoría del campo previo, aquí hay una tentativa inidónea de conformidad con el art. 154. Esto no es comprensible, pues el legislador no ha tenido ningún interés en “poner bajo protección penal la toma de juramento mediante policías de tráfico; por el contrario les ha prohibido el derecho a ello”⁽¹⁵⁾. También HERZBERG siente lo errado del resultado y quiere ayudarse con el art. 23, tercer párrafo (“grave incomprensión”). Pero a los profanos en Derecho, quienes desconocen totalmente las cuestiones sobre competencia, debido a su desconocimiento difícilmente puede reprochárseles una grave incomprensión. Con más razón rige esto para las obligaciones tributarias, las cuales incluso para los expertos apenas pueden distinguirse. ¡En tales casos, lo incomprensible no es el profano, sino su punición!

Un segundo argumento en contra⁽¹⁶⁾ consiste en que a menudo es solo una cuestión de técnica legal el que algo esté regulado en el “campo previo” o en el tipo mismo. Así, el legislador podría, p. ej., en el art. 258 [delito contra la administración de justicia], penalizar solamente el encubrimiento que tendiere a frustrar determinadas penas particularmente graves, y especificar en el tipo los hechos punibles afectados. Quien creyere que los esfuerzos de frustración de una conducta no mencionada allí serían punibles según el art. 258, extendería exageradamente el tipo penal y sería impune sin ninguna discusión. ¿Por qué actualmente debería ser penado alguien que en su acción de frustración considera, bajo un error de Derecho, una contravención como un hecho punible? Igualmente podría pensarse que todas las autoridades competentes para la toma de juramentos habrían sido mencionados en el tipo; si solo son pocas, tal procedimiento es incluso razonable, pues procuraría una mayor claridad. En este caso, sería un delito putativo la suposición de que un juramento

(14) Más detalles, ROXIN, “Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale”, 2^{da}. ed., 1970, p. 164 y ss.; de acuerdo con él, BUKHARDT, *JZ* 1981, p. 685.

(15) ROXIN (nota 14), p. 165.

(16) Al respecto BURKHARDT, *JZ* 1981, p. 687.

ante una autoridad allí mencionada sería un falso juramento, porque la representación del autor no se dirige hacia algo que completa el tipo. Pero la mera técnica legal difícilmente puede determinar el alcance del tipo.

c) La teoría de la impunidad de todos los errores autoinculpantes

Siguiendo un antiguo trabajo de KRIEGSMANN⁽¹⁷⁾ y profundizando en lo básico la fundamentación, BURKHARDT⁽¹⁸⁾ ha desarrollado la teoría contraria, según la cual todos los errores en el campo previo también llevan al delito putativo⁽¹⁹⁾: “Un error de Derecho al revés –sea cual fuere su procedencia– no actúa fundamentando la tentativa, sino lleva a un delito putativo impune”. Entonces, quien se apropiare de una cosa, considerada como ajena debido a una equivocada interpretación jurídica (comp. el ejemplo de arriba, a, aa), solo cometería un delito putativo, el cual, según esta teoría, también se presentaría en todas las constelaciones nombradas arriba.

Esta concepción se funda sobre todo en la tesis⁽²⁰⁾ de que “cualquier error de significado al revés, basado en un desconocimiento de normas jurídicas, está vinculado con una extensión exagerada del ámbito de protección penal”. Sería erróneo decir que cuando alguien se apropiare de una cosa que tiene por ajena a consecuencia de reflexiones jurídicas equivocadas no se estaría equivocando sobre el concepto de “ajenidad”, sino solo sobre las normas de transferencia de la propiedad en el campo previo a este elemento. Y es que esta persona en realidad entendería bajo ajenidad algo distinto que el legislador cuando con motivo de reflexiones jurídicas equivocadas llega a afirmar este elemento. Esto hace que

(17) KRIEGSMANN, “Wahnverbrechen und untauglicher Versuch”, 1904.

(18) BURKHARDT, *JZ* 1981, p. 681; el mismo autor, *Wistra* 1982, p. 178.

(19) BURKHARDT, *JZ* 1981, p. 681.

(20) Sobre esto y lo que sigue, BURKHARDT, *JZ* 1981, p. 685.

BURKHARDT concluya que la amplitud (la extensión) conceptual de los elementos jurídico-normativos del tipo dependería siempre de las normas jurídicas que los constituyen: “Por ello, un error sobre estas normas jurídicas concierne *eo ipso* a la extensión de los elementos normativos del tipo y con ello también al campo de aplicación del tipo penal respectivo”(21).

Esta es una concepción seductora(22) que lleva también a resultados plausibles en la mayoría de los casos, al permitir, p. ej., que solo las imaginarias pretensiones tributarias, competencias y hechos punibles (supra a, cc-a, ee) se mantengan al margen del ámbito de la punibilidad de los delitos tributarios, de falso juramento y contra la administración de justicia. Pero con todo, debe dudarse de la validez general de la tesis, en el sentido de que cualquier error inculpante de Derecho descansaría sobre una extensión exagerada del tipo penal supuesto por el autor. Así, en el ejemplo de la estafa, dado arriba bajo el acápite a, bb, (el precio de la propiedad declarado falsamente como menor), el autor pretende perjudicar al Notario y también lo haría si la pretensión de honorarios de este llegara al nivel sobre el cual se basa el autor. Su error no se refiere a la comprensión del concepto “daño patrimonial” (dado que supone correctamente que la reducción de una pretensión sería un daño), sino en el Derecho referente a los honorarios de los Notarios. Es poco convincente que esta materia forme parte del tipo de la estafa; por ello, también es preferible desde el punto de vista político-criminal la suposición de que, pese al error en este campo, existiría un dolo de dañar y con ello una tentativa de estafa. Entonces, en contra de BURKHARDT, debe admitirse que también hay errores de Derecho en contra de uno mismo [autoinculpantes], neutrales al ámbito de las normas y que llevan a la punibilidad por tentativa.

(21) BURKHARDT, *JZ* 1981, p. 686.

(22) Siguiendo a BURKHARDT, JAKOBS, “Strafrecht, AT”, 2^{da}. ed., 1991, cap. 25, n. marg. 42; OTTO, “Strafrecht, AT”, 4^{ta}. ed. 1992, cap. 18, IV, 4; el mismo autor, *JZ* 1984, p. 143 y ss. (144); SCHLÜCHTER, *Wistra* 1985, p. 46 y ss., 94 y ss.

d) La teoría de la deducción a la inversa

Una teoría que se está imponiendo en la jurisprudencia y literatura⁽²³⁾, pese a toda la crítica, delimita el delito putativo de la tentativa inidónea con ayuda de la “deducción a la inversa”: la tentativa inidónea sería un error de tipo al revés, el delito putativo un error de prohibición al revés. Entonces, quien, p. ej., cree que un espantapájaros es una persona y con dolo de matar le dispara, se equivoca sobre una circunstancia del hecho. Así, tal como el desconocimiento de una circunstancia del hecho realmente dada (el que dispara erróneamente toma a la persona por un espantapájaros) excluye el dolo, el error al revés (el espantapájaros es visto como una persona) fundamenta el dolo y lleva a una tentativa inidónea. Por otro lado, quien considera que el *furtum usus* [hurto de uso] es punible de manera general, estará bajo un error de prohibición al revés (lo cual no es totalmente cierto, pues el error de prohibición y el error sobre la punibilidad son dos cosas distintas⁽²⁴⁾): así como el error de prohibición (p. ej., la suposición de que el uso de bicicletas ajenas no estaría prohibido, pese al art. 248 b) no libera sin más, el error de prohibición al revés no podría (p. ej. creer que el “préstamo forzoso” de aparatos de jardinería ajenos sería punible) inculpar y tendría que llevar al delito putativo. (Ya a primera vista esta conclusión tampoco es totalmente cierta porque el error de prohibición por regla general después de todo lleva a la atenuación de pena y en caso de su inevitabilidad también lleva a la exclusión de pena, mientras que el delito putativo es simple y llanamente impune.)

La deducción a la inversa ya ha jugado un papel en la jurisprudencia del Tribunal del Reich (RG)⁽²⁵⁾ y también ha sido repetidamente adopta-

(23) DREHER/TRÖNDLE, “StGB”, 47a. ed., 1991, cap. 25, n. marg. 9; FOITH, JR 1965, p. 370; JESCHECK/WEIGEND, “Lehrbuch, AT”, 5^{ta} ed., 1996, cap. 50, II, 1; MAIWALD, “Unrechtskenntnis und Vorsatz im Steuerstrafrecht”, 1984, p. 29; NIERWETBERG, *Jura* 1985, p. 241; PUPPE, LH a Lackner, 1987, p. 202; RUDOLPHI en SK (6^{ta} ed.), art. 22, n. marg. 30; ESER en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, “StGB”, 24^{ava} ed., 1991, art. 22, n. marg. 69; TRAUB, *NJW* 1960, p. 349; el mismo autor, *JuS* 1967, p. 115; VOGLER en *LK* (10^{ma} ed.), art. 22, n. marg. 143; WESSELS, “Strafrecht, AT”, 26^{ava} ed., 1996, n. marg. 621.

(24) Comp. ROXIN, “Strafrecht, AT”, 2^{da} ed., 1994, cap. 21, n. marg. 13.

(25) RG, s. penal, t. 42, p. 94; 66 126, 72, 112.

da por el Tribunal Federal Alemán (TFA). En la BGH, s. penal, t. 15, p. 345, se trataba del caso de que un inculpado, en un proceso de juramento declarativo, había dado un dato falso sobre una circunstancia que no estaba contemplada dentro del deber de informar o declarar bajo juramento, suponiendo el sujeto haber cometido un delito de falso juramento. El TFA vio en ello (en contra de la BGH, s. penal, t. 2, p. 74, 76) un delito putativo y declaró que la diferenciación entre error de tipo y error de prohibición sería

“esencial también para la cuestión de si existe una tentativa inidónea o un delito putativo. Una tentativa inidónea se da cuando el autor supone erróneamente un elemento no existente del tipo, mientras que es un delito putativo la errónea suposición del carácter prohibido del hacer, es decir, la suposición errónea de que la conducta del autor caería bajo la norma penal. Entonces, si el autor cree erróneamente que la información dada por él no cae dentro del juramento, mientras que esto es jurídicamente así, se está equivocando sobre la amplitud de la norma, es decir, se encuentra en un error de prohibición. Él no se equivoca sobre un elemento del tipo, sino sobre que su conducta cae dentro de la prohibición legal. Por ello debe verse como delito putativo a la suposición errónea del autor de que una declaración falsa prestada por él bajo juramento estaría enmarcada dentro del deber de decir la verdad”.

También el auto de la Sala grande sobre el error en los delitos impropios de omisión (BGH, s. penal, t. 16, p. 155, comp. supra 2, d, in fine) opera con la deducción a la inversa. El TFA basa su sentencia, según la cual sería un error de prohibición el desconocimiento del deber de garante, en caso de conocimiento de las circunstancias fundamentadoras de este deber, en los resultados intolerables que tendría para la teoría de la tentativa la suposición de que un deber de garante tendría que ser abarcado por el dolo:

“El autor de una omisión que –erróneamente– supone tener un deber de garante, pese a que los hechos –por él conocidos– no arrojan este deber, si se siguiera la opinión contraria, tendría que ser penado por una tentativa de delito impropio de omisión. En realidad, este caso tiene que ser juzgado como un delito putativo impune.”

No obstante, la deducción a la inversa no es un instrumento idóneo para la delimitación entre tentativa y delito putativo. Solo es correcta en el sentido trivial de que la tentativa inidónea exige un dolo dirigido a la realización de las circunstancias de los hechos, el cual no existe en el error de prohibición, mientras que el error de tipo deja subsistente el dolo de tipo, el cual falta en el delito putativo. Pero de esto no resulta que el error de tipo al revés (es decir, la suposición errónea de la circunstancia cuyo desconocimiento excluye el dolo) fundamente necesariamente la punibilidad o aunque sea una tentativa⁽²⁶⁾.

Esto ya rige incluso para el caso aparentemente claro del error sobre los hechos en los elementos del tipo. Si este error excluye el dolo según el art. 16, de ello no se deduce de ninguna manera, según leyes lógicas, que el error al revés, es decir, la suposición errónea de la presencia de circunstancias de un tipo, tenga que llevar necesariamente a la tentativa. Esto es, quien dispara a un espantapájaros con la intención de matar a una persona cometerá una tentativa mediante este error de tipo al revés solamente cuando el legislador hubiera penado tal conducta como una tentativa inidónea –y esto no se sobreentiende de ninguna manera! Ni siquiera puede uno decir que la lógica obligaría en tal caso a admitir una tentativa, y que al legislador solo le correspondería penarlo o dejarlo impune. Y es que cuando se contempla el fundamento penal de la tentativa en la peligrosidad de la conducta del autor, una conducta inidónea para causar el resultado típico, desde el principio, no es ninguna tentativa en sentido jurídico debido a la falta de fundamento penal. Luego, lo que es una tentativa es decidido por puntos de vista teleológicos, no lógicos.

Con más razón, en el error de derecho al revés, la deducción a la inversa no puede contribuir con nada para delimitar entre tentativa y delito

⁽²⁶⁾ Hay una amplia literatura sobre los aspectos lógicos, aspectos de teoría del Derecho y aspectos jurídicos de la conclusión en sentido inverso; aquí se mencionan solo las posiciones más recientes e importantes: SPENDEL, *ZStW* 69 (1957), p. 441; el mismo autor, *NJW* 1965, p. 188; BAUMANN, *NJW* 1962, p. 16; SAX, *JZ* 1967, p. 261; ENGISCH, *LH a Heinitz*, 1972, p. 185; HERZBERG, *JuS* 1980, p. 478 y ss.; BURKHARDT, *JZ* 1981, p. 684; PUPPE, *LH a Lackner*, p. 199; SCHÜNEMANN, *GA* 1986, p. 313, nota 96. Con más detalle y ref. bibliográficas, HEIDINGSFELDER (como en la nota 13), pp. 95-112.

putativo. Así es, p. ej., apropiado ver como error de tipo en el sentido del art. 370 AO [defraudación tributaria] aquella suposición de que no se debería ningún impuesto, basándose en un desconocimiento del Derecho⁽²⁷⁾, pues tal “autor” tampoco comprende como profano el “sentido social” del fraude fiscal cometido por él objetivamente. Pero de esto no se deriva todavía que tenga que darse un fraude fiscal tentado y punible cuando alguien supone, debido a reflexiones jurídicas erróneas, que habría una inexistente pretensión fiscal y omitiese su declaración⁽²⁸⁾. Pues cuando el desconocimiento del deber tributario excluye el dolo, la suposición de su existencia solo es una condición necesaria, pero no también una condición suficiente sin más para la afirmación del dolo. Más bien hay argumentos teleológicos que hablan a favor de exigir para un dolo fundamentador de la tentativa, junto con la suposición de un deber tributario, también la representación errónea de los hechos, cuya existencia fundamentaría realmente una culpabilidad fiscal. Pues, si la confusión de las leyes tributarias libera al ciudadano que actúa desconociendo un deber fiscal, no tiene sentido que la suposición errónea de deberes fiscales, basada en la misma confusión, sea vista como inculpadora. Tales errores también son posibles con mucha facilidad, debido a la confusión de la legislación tributaria, e incluso son más disculpables que el desconocimiento de una pretensión verdaderamente existente. ¡Si estos últimos llevan a la impunidad, con más razón debería liberar una valoración errónea de la situación jurídica que hace suponer equivocadamente pretensiones fiscales que no existen en lo absoluto⁽²⁹⁾!

El desacierto teleológico de la deducción a la inversa, para la cual bastaría, en la tentativa, el puro error jurídico autoinculpante sin considerar los demás conocimientos exigibles para el dolo, se vuelve especialmente claro también gracias a la sentencia ya mencionada de la Gran Sala sobre el error acerca de un deber de garante en los delitos impropios de omisión

(27) Comp. ROXIN, “Strafrecht, AT”, 2^{da}. ed., 1994, cap. 12, n. marg. 91.

(28) Pero en este sentido, pese a que ambos declaran que el resultado es insatisfactorio, RUDOLPHI en SK (6^{ta}. ed.), art. 22, n. marg. 32a, 32b; SAMSON, “Irrtumsprobleme im Steuerstrafrecht”, en KOHLMANN (edit.), “Strafverfolgung und Strafverteidigung im Steuerstrafrecht”, 1983, p. 112.

(29) Sobre el estado actual de la discusión comp., c. más ref., REIß, *Wistra* 1986, p. 193.

(BGH, s. penal, t. 16, p. 155). La Sala opina que si se viere al deber de evitar el resultado –tal como lo había hecho la antigua jurisprudencia–, de manera que su desconocimiento actuara excluyendo el dolo, se tendría que admitir una tentativa (en lugar de un delito putativo, como sería lo correcto) en caso de que, basándose en reflexiones jurídicas erróneas, se hubiera supuesto un deber de evitar el resultado que en realidad no existía. ¡Pero eso no puede ser posible! Aun cuando el desconocimiento de un deber de evitar el resultado se viera como un error de tipo, la construcción del error autoinculpante de Derecho sobre tipos de omisión no existentes no podría fundamentar ninguna tentativa debido ya al principio *nullum crimen sine lege*. También en este caso la deducción a la inversa no diría otra cosa más que debería admitirse un deber de evitar el resultado, a fin de afirmar la tentativa; de ello no resulta que se precise del autor que este suponga otros hechos más ni cuáles podrían ser estos.

e) La acertada solución diferenciadora

Se debe preferir una solución que, en casos de error en el campo previo, se sitúe entre las soluciones opuestas de HERZBERG (supra, b) y BURKHARDT (supra, c) y emprenda una diferenciación. Los elementos que remiten a normas en el campo previo, son pues de naturaleza distinta. Parcialmente se trata de “conceptos colectivos” –que se tendrán que explicar a continuación– de cortas denominaciones que resumen una multitud de pretensiones (art. 370 AO), tipos penales (art. 258) o autoridades competentes (art. 154). Detrás del concepto de reducción del impuesto se oculta el incumplimiento de numerosas pretensiones tributarias individuales y de diferente naturaleza, imposibles de enumerar todas en el art. 370 AO, pero que deben ser incluidas mentalmente en este concepto si se quiere abarcar completamente los posibles objetos de la acción de reducción. El concepto “hecho antijurídico” del art. 258, primer párrafo, es una abreviatura para el total de tipos penales que, por motivos de técnica legal, no pueden ser incluidos todos en el precepto penal, pero que pertenecen allí objetivamente. Igualmente, el concepto de “autoridad competente” del art. 154 es una denominación resumida de todos los facultados para tomar juramento, los cuales se convierten así en parte esencial del tipo.

Entonces, en el caso de los conceptos colectivos la reunión de circunstancias particulares se ubica en el ámbito de la norma penal. Esto significa que un error de derecho inculpante lleva al delito putativo porque aquel construye una punibilidad que no está cubierta por ningún tipo; por ello, en este campo debe aprobarse la teoría de BURKHARDT (*supra* c). Luego, cuando alguien se imagina pretensiones tributarias inexistentes, queriendo defraudar al fisco, el error queda fuera del ámbito de la norma del art. 370 AO, artículo que solamente compendia las pretensiones tributarias realmente existentes. Se trata, entonces, de una extensión exagerada del tipo, la cual solo puede fundamentar un delito putativo. Cuando alguien frustra [la sanción de] una contravención [infracción administrativa] y juzga esto, conociendo los hechos, como “hecho antijurídico” en el sentido del art. 258, está extendiendo el concepto de delito de este tipo a conductas que no están incluidas dentro de este y comete, igualmente un delito putativo. No es distinto el caso de la falsa suposición de una “competencia” basada en un desconocimiento jurídico: quien declara falsamente bajo juramento ante un Fiscal, creyendo erróneamente que los Fiscales estarían facultados para tomar juramento, su intención de comisión delictiva se dirige a una “autoridad” no incluida como “competente” en la denominación resumida del art. 154, de manera que aquí otra vez entra a tallar un delito putativo extendiendo exageradamente el tipo.

Pero algunos elementos que remiten a normas del campo previo son de otra naturaleza. Así, el concepto de ajenidad remite solamente a la propiedad o a la copropiedad de otro. Luego, quien entiende correctamente el concepto de propiedad ajena, tiene eventualmente el dolo de lesionar la propiedad. Los extensos complejos de normas que regulan el surgimiento de la propiedad no forman parte del tipo de los correspondientes delitos contra la propiedad, de manera que su desconocimiento, después de haberse comprendido cabalmente el concepto de propiedad, eventualmente no cambia nada el hecho de que se habría dado una tentativa. Entonces, quien quiere apropiarse de una cosa que se encuentra en propiedad de otro y comprende correctamente el concepto de propiedad, en el sentido del art. 903 del C. C., tiene un dolo de apropiación ilícita, aun cuando se equivoque en cuanto a las reglas sobre la transferencia de la propiedad.

HEIDINGSFELDER⁽³⁰⁾ ha expresado esto de una manera drástica: “Así como el dolo depende poco del conocimiento de la técnica de fabricación de cerveza en relación con los efectos embriagadores de una cerveza con contenido alcohólico, así también, las representaciones erradas sobre los términos jurídicos que regulan el proceso de apropiación excluyen el dolo en relación con el elemento típico ‘ajeno’. Solo la representación del autor de no ser único propietario del objeto del hecho constituye el objeto necesario del dolo. Para el dolo es irrelevante *cómo* la víctima del hecho ha alcanzado la propiedad del objeto del hecho, sea según un precepto del Código Civil o p. ej. según las reglas de un ordenamiento jurídico extranjero”. En nuestro ejemplo inicial (supra, a, aa), referido a alguien que bajo un error de Derecho se apropia de una cosa creyendo que sería ajena, existe, entonces, una tentativa de apropiación ilícita. En tal medida, debe aprobarse la teoría del campo previo de HERZBERG (supra, b).

De igual modo, el concepto de daño patrimonial no es un concepto colectivo. Este concepto no designa más que la disminución de los bienes dinerarios de una persona que resultan de hacer un saldo. Tal concepto de daño patrimonial también consiste en la reducción de una pretensión. Entonces, quien quiere timar a alguien en cuanto a una pretensión, tiene un dolo de dañar el patrimonio. No tienen nada que hacer las reglas bajo las cuales hubiera surgido la pretensión, cuya detentación fundamenta un daño. Luego, en el ejemplo inicial, en el cual el autor quería estafar a un Notario en cuanto a sus honorarios (supra, a, bb) no cambia en nada la existencia de una tentativa de estafa el hecho de que la supuesta pretensión no había surgido según el correspondiente reglamento de honorarios.

En consecuencia, lo que importa es que una remisión a normas del campo previo tenga el carácter de resumir muchos casos particulares o que simplemente se tomen como referencia conceptos como “propiedad” o “daño patrimonial”, cuya comprensión no presupone el conocimiento de cómo han surgido la propiedad o la pretensión a través de las cuales se quiere perjudicar a la víctima. En el primer caso, las normas del campo

⁽³⁰⁾ HEIDINGSFELDER (ver nota 13), p. 162.

previo forman parte del tipo, de modo que su extensión exagerada fundamenta un delito putativo. En el segundo caso, las condiciones jurídicas de la aparición de la propiedad o de la pretensión están situadas fuera del tipo, de tal manera que su desconocimiento no impide una tentativa cuando el autor solo ha definido los objetos inmediatos de la remisión (propiedad, daño mediante la reducción de las pretensiones fiscales) a la manera de una valoración paralela en la esfera del profano.

Las soluciones diferenciadoras en caso de errores en el campo previo, tal como aquí se recomiendan, también están imponiéndose en la literatura⁽³¹⁾. Así, HEIDINGSFELDER⁽³²⁾, a quien sigue la solución aquí propuesta en muchos aspectos, llega a los mismos resultados diferenciando las normas en aquellas que circunscriben, completan y delimitan elementos [del tipo], y normas neutrales al ámbito normativo. Solo en el último caso admite que los errores jurídicos autoinculpantes fundamenten la tentativa. SCHÜNEMANN⁽³³⁾ alcanza soluciones similares a las aquí propuestas sobre la base de la teoría de la impresión [o conmoción]. VOGLER⁽³⁴⁾, SCHLÜCHTER⁽³⁵⁾ y KUHLEN⁽³⁶⁾ establecen diferencias de una manera distinta, aunque todavía comparable.

f) Acerca de la jurisprudencia en el ámbito de los errores en el campo previo

La jurisprudencia no es unitaria, lo cual también resulta evidente en la carencia de una solución generalmente reconocida. En caso de suposición errónea de un deber tributario, las sentencias RG, s. penal, t. 64, p. 229 (238); 65, 165 (172) habían afirmado un delito putativo, mientras que

(31) Comp. LACKNER, "StGB", 21a. ed., 1995, art. 22, n. marg. 15.

(32) HEIDINGSFELDER (ver nota 13), p. 152 y ss.

(33) SCHÜNEMANN, *GA* 1986, p. 312 y ss.

(34) VOGLER en *LK* (10a. ed.), art. 22, n. marg. 143-149.

(35) SCHLÜCHTER, "Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale", 1983, p. 145 y ss.

(36) KUHLEN, "Die Unterscheidung zwischen vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum", 1987, p. 558.

según la RG, s. penal, t. 68, p. 44 (53 y s.) habría una tentativa inidónea. También la sentencia del Tribunal Superior de Berlín (Wistra 1982, 196) pretende admitir una tentativa inidónea, apoyándose expresamente en la doctrina desarrollada por BLEI y HERZBERG (supra, b), de que todos los errores jurídicos inculpan en el campo previo actuarían fundamentando la tentativa. Por el contrario, según la concepción aquí defendida, debe afirmarse un delito putativo (comp. supra, e)⁽³⁷⁾.

La suposición errónea de la competencia fue vista por el RG como fundamentadora de la tentativa (RG, s. penal, t. 60, p. 25: “falso juramento” ante un Fiscal; RG, s. penal, t. 65, p. 206: “falso juramento” ante un practicante no competente). El TFA sigue esta línea⁽³⁸⁾. Por el contrario, la suposición de una competencia, basada en un desconocimiento del Derecho, lleva a un delito putativo según el parecer aquí representado (comp. supra e). Una tentativa solo entra aquí en consideración en caso de errores en los hechos: quien declara falsamente bajo juramento ante un Fiscal o Notario, pero tomándolos por el juez investigador, comete una tentativa inidónea de falso juramento, la cual es punible⁽³⁹⁾.

Según la BGH, s. penal, t. 15, p. 210, la suposición errónea sobre la punibilidad de una acción, cuya represión frustra el autor, también debería fundamentar una tentativa según el art. 258, cuando solo se basare en falsas

(37) A favor de la tentativa: MAIWALD (ver nota 23), p. 30 y ss.; RUDOLPHI en *SK* (6^{ta}. ed.), art. 22, n. marg. 32a, 32b; SAMSON (ver nota 28), p. 112; ESER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, “StGB”, 24^{ava}. ed., 1991, art. 22, n. marg. 90. A favor de un delito putativo: BURKHARDT, *Wistra* 1982, p. 178 y ss.; HEIDINGSFELDER (ver nota 13), p. 157; JAKOBS, “Strafrecht, AT”, 2^{da}. ed., 1991, cap. 25, n. marg. 39 y ss.; LACKNER, “StGB”, 21^{ava}. ed., 1995, art. 22, n. marg. 15; REIB, *Wistra* 1986, p. 198 y ss.

(38) BGH, s. penal, t. 3, p. 348; t. 5, p. 111 (113 y ss.; 117); t. 10, p. 272 (275 y ss.); t. 12, p. 56 (58).

(39) Igual que aquí, BURKHARDT, *JZ* 1981, p. 681 y ss.; el mismo autor, *Wistra* 1982, p. 178 y ss.; JAKOBS, “Strafrecht, AT”, 2^{da}. ed., 1991, cap. 25, n. marg. 38 y ss.; KÜHL, *JuS* 1981, p. 193; el mismo autor, “Strafrecht, AT”, 1994, cap. 15, n. marg. 100; OTTO, “Strafrecht, AT”, 4^{ta}. ed., 1992, cap. 18 IV, 4, c. Por el contrario, a favor de la tentativa, HERZBERG, *JuS* 1980, p. 469; NIERWETBERG, *Jura* 1985, p. 238; RUDOLPHI en *SK* (6^{ta}. ed.), art. 22, n. marg. 32a, 32b; SCHLÜCHTER, *JuS* 1985, p. 528; en todos los casos se dan más referencias bibliográficas.

consideraciones jurídicas. En contra de esto, el BayOLG (en JZ 1981, p. 715 y s.) ha admitido un delito putativo en un caso en el cual alguien había mentado a la Policía sobre su conocido, el cual estaba involucrado en un accidente de tráfico, a fin de evitarle una multa penal. En realidad, el hecho previo conocido por el autor en sus detalles exteriores solo era una contravención; esta solo es sancionada con una multa administrativa, cuya frustración es impune. La opinión del BayOLG, según la cual la falsa calificación jurídica de una contravención como hecho punible no podría fundamentar una tentativa según el art. 258, se corresponde con la opinión aquí defendida (comp. supra, e). Una tentativa recién se daría cuando el autor hubiera supuesto erróneamente hechos que constituirían un hecho previo punible⁽⁴⁰⁾.

El caso de la suposición, bajo error jurídico, de que una cosa vendida dos veces sería ajena (supra a, aa) ha sido decidida por el OLG de Stuttgart en una constelación similar (pero sobre la base de la deducción a la inversa), en el sentido de una tentativa de apropiación ilícita. Por sus resultados, esto se corresponde con la opinión aquí defendida (comp. supra, e) y con el parecer predominante por lo demás en la literatura⁽⁴¹⁾. Una sentencia del BayOLG (NJW 1955, p. 1567 y s.) se cimenta sobre la constelación de la suposición errónea de un daño patrimonial bajo un error jurídico. El Tribunal ha admitido una tentativa inidónea punible coincidiendo con la concepción aquí defendida (comp. supra, e)⁽⁴²⁾.

⁽⁴⁰⁾ A favor de un delito putativo también, BURKHARDT, *JZ* 1981, p. 686, nota 59; HEIDINGSFELDER (ver nota 13), p. 157; LACKNER, "StGB", 21a. ed., 1995, art. 22, n. marg. 15; WEBER, *MDR* 1961, p. 426 y ss. Por el contrario, a favor de la tentativa, BLEI, "Strafrecht, AT", 1983, cap. 65, II, 1; el mismo autor, *JA* 1973, p. 603; DREHER/TRÖNDLE, "StGB", 47^{ava}. ed., 1995, art. 258a, n. marg. 6; MAURACH, *NJW* 1962, p. 720; PUPPE, LH a Lackner, 1987, p. 228; RUDOLPHI en *SK* (6^{ta}. ed.), art. 22, n. marg. 32a; STREE, *JR* 1981, p. 299.

⁽⁴¹⁾ Igual que aquí, BAUMANN, *NJW* 1962, p. 16 y ss.; HEIDINGSFELDER (ver nota 13), p. 162; HERZBERG, *JuS* 1980, p. 472 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, "Lehrbuch", 5^{ta}. ed., 1996, cap. 50, II, 2; MAURACH, *NJW* 1962, p. 720; SCHLÜCHTER (ver nota 35), p. 161 y ss.; la misma autora, *JuS*, 1985, p. 528; ZACZYK, "Das Unrecht der versuchten Tat", 1989, p. 265. Por el contrario, a favor del delito putativo, BURKHARDT, *JZ* 1981, p. 685; JAKOBS, "Strafrecht, AT", 2^{da}. ed., 1991, cap. 25, n. marg. 42.

⁽⁴²⁾ De acuerdo, HEIDINGSFELDER (ver nota 13), p. 161.

Las formas de participación en el delito: el estado actual de la discusión (*)



I. INTRODUCCIÓN

El nuevo Código penal español distingue tres formas de autoría de manera muy similar al Derecho alemán (art. 28 C.P. hispano y correspondientemente art. 25 StGB): “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento”⁽¹⁾. Con ello se designan la autoría inmediata, la coautoría y la autoría mediata usando palabras muy parecidas a las del Derecho alemán. En el párrafo siguiente se determina que también otros dos intervinientes son considerados como autores: el inductor y aquel que prestare una contribución necesaria al hecho durante la ejecución (con lo cual se alude al llamado cómplice principal [primario] del antiguo Derecho español). Esto parece ir más allá del Derecho alemán, pero se corresponde en realidad plenamente con él si se piensa que también en el Derecho alemán el inductor es penado “de igual manera que el autor” (art. 26 StGB) y que aquel que presta una contribución necesaria, según una opinión muy difundida en

(*) Ponencia presentada en las “Jornadas de Derecho penal” de la Universidad Pompeu Fabra del 28 al 29 de mayo de 1998 en Barcelona.

(1) En español en el original. A continuación sigue, en una oración, la traducción planteada por el autor, la cual es aquí omitida por resultar redundante.

la doctrina alemana, por lo general tiene el así llamado dominio funcional del hecho y, por tanto, es considerado coautor.

En lo que sigue no voy a interpretar el Derecho español, sino hablaré, según el encargo encomendado a mi persona, exclusivamente sobre el desarrollo de la jurisprudencia y la literatura en el ámbito de la autoría y la participación en Alemania. Pero la similitud de ambas codificaciones hace posible que acto seguido podamos discutir sobre nuestros Derechos comunes.

Empezaré con la jurisprudencia para luego volcarme a las discusiones en la literatura. El que ello solo pueda ocurrir en ambos casos brevemente y con ejemplos se debe a la brevedad del tiempo otorgado para la exposición.

II. LA JURISPRUDENCIA

1. La autoría inmediata

Actualmente puede prácticamente tenerse por válido, también para la jurisprudencia alemana, que quien ha ejecutado de mano propia y dolosamente el hecho, de todos modos es autor, aun cuando hubiera cometido el hecho por encargo y en interés de otro. La jurisprudencia del Tribunal del Reich, e incluso al principio del Tribunal Federal Alemán [en adelante TFA], había admitido muchas veces en tales casos solamente una complicidad debido a la supuesta ausencia de "voluntad de autor". Así, en 1962, en el sonado caso Staschynski, se había condenado solamente por complicidad en un asesinato a un agente ruso quien, actuando por encargo del servicio secreto soviético, había matado a balazos a dos exiliados políticos en Múnich (BGH, s. penal, t. 18, p. 87); y también criminales nazis, que habían quitado la vida con sus propias manos a otras personas, fueron sancionados penalmente en su mayoría solo por complicidad cuando habían actuado en interés del gobierno de entonces.

Después de entrar en vigor la nueva parte general (1975) tales decisiones, según una concepción correcta pero polémica, quedan excluidas ya por el tenor mismo de la ley. Y es que según el art. 25, primer párrafo del StGB es autor quien "comete por sí mismo" el hecho; difícilmente se puede afirmar que quien realiza todo el tipo en su propia persona no

habría cometido el hecho por sí mismo. Sin embargo, el TFA hasta ahora no se ha pronunciado incondicionalmente a favor de la autoría para todos aquellos que reunieren en sí mismos los elementos típicos, sino afirma: “El TFA no ha defendido hasta ahora de esa manera esta concepción estricta”, y pretende dejar abierta su decisión para “casos extremos de excepción” (BGH, NStZ 1997, p. 224 y s.). Empero, dichos casos todavía no han aparecido y probablemente tampoco aparecerán. Incluso los así llamados [soldados] tiradores del muro [de Berlín], quienes habían abatido a disparos a los fugitivos de la ex-Alemania Democrática, son tratados por la jurisprudencia alemana como autores, pese a que actuaban por encargo y en interés de su gobierno (BGH, s. penal, t. 39, p. 31 y s.).

2. La autoría mediata

En el campo de la autoría mediata, el más importante desarrollo de los últimos años consiste en que el TFA fundamenta sus sentencias exclusivamente en la doctrina del dominio del hecho. Para ello se ha aunado a la concepción de la literatura (discutida aun entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho, pero defendida, p. ej., por mí) que permite la autoría mediata del hombre de atrás cuando provoca y se aprovecha a continuación de un error de prohibición evitable, al igual que en caso de las órdenes dadas en el marco de un aparato de poder organizado, pese a que, en estos casos, también el actuante inmediato es responsable por sí mismo como autor. La jurisprudencia reconoce, entonces, el caso del “autor detrás del autor” como el de una posible autoría mediata. Quiero presentar ahora los dos *leading cases*:

a) *El caso del rey de los gatos* (BGH, s. penal, t. 35, p. 347)⁽²⁾

En este caso especialmente raro de error de prohibición, dos personas actuando en segundo plano, habían sugerido a un hombre que sería necesario y permitido matar a una determinada mujer para salvar a la humanidad de su amenazante desaparición. En realidad, aquellos querían matar a la

⁽²⁾ Al respecto, SCHAFFSTEIN, NStZ 1989, pp. 153-158; KÜPPER, JZ 1989, pp. 617-628; pp. 935-949; HERZBERG, Jura 1990, pp. 16-26; SCHUMANN, NStZ 1990, p. 32.

mujer motivados por el odio y los celos. El sujeto requerido había luego emprendido un intento de matar a la mujer creyendo verdaderamente que su acción estaba justificada, y fue condenado por el TFA como autor de un homicidio tentado en error de prohibición evitable. Pese a ello, las dos personas de segundo plano también fueron condenadas como autoras, específicamente como autoras mediatas de una tentativa de homicidio.

El TFA no quiere admitir la autoría mediata en todos los casos de aprovechamiento de un error de prohibición, sino hacer depender la delimitación “en el caso concreto, de la forma y según la trascendencia del error y la intensidad del influjo del hombre de atrás”. Pero sería autor mediato, en todo caso, aquel “que gracias al error conscientemente provocado por él mismo pone voluntariamente en marcha y dirige los acontecimientos, de manera que la víctima del error, bajo una contemplación valorativa, puede ser vista como un instrumento –si bien actúa (todavía) de manera culpable”, (BGH, s. penal, t. 35, p. 354). Luego, se acepta la autoría mediata en los casos más importantes de lejos en la práctica, la manipulación del ejecutante mediante la provocación consciente de un error de prohibición.

b) El caso del “Consejo Nacional de Defensa” (BGH, s. penal, t. 40, p. 218)⁽³⁾

Aquí se trataba del caso de soldados fronterizos de la RDA que abatieron a disparos o causaron la muerte con minas colocadas por ellos a personas que querían escapar hacia la República Federal alemana. El TFA contempló a los soldados fronterizos como autores de un delito de homicidio (BGH, s. penal, t. 39, p. 31 y s.; t. 40, p. 232), pero pese a todo condenó a los miembros del Consejo Nacional de Defensa de la RDA como autores mediatos, por considerarlos responsables de las órdenes de matar.

En su fundamentación, el TFA se ha apoyado, por un lado, en la figura jurídica creada por mí en 1963⁽⁴⁾ (con motivo del caso Eichmann) de la

(3) Al respecto, ROXIN, *JZ* 1995, p. 49; JAKOBS, *NStZ* 1995, p. 26; JUNG, *JuS* 1995, p. 173; SCHROEDER, *JR* 1995, p. 177; GROPP, *JuS* 1996, p. 13; MURMANN, *GA* 1996, p. 269; OTTO, *JK* 95, *StGB*, art. 25 I/3; BLOY, *GA* 1996, p. 424, 437 y ss.

(4) ROXIN, *GA* 1963, pp. 193 y 207.

“autoría mediata debido a aparatos organizados de poder”. Ella basa el dominio del hecho del autor de escritorio, dentro de un régimen criminal, en la intercambiabilidad arbitraria de los receptores de la orden, la cual lleva a la ejecución automática de las disposiciones, pues el hombre de atrás no depende, como sí lo hace el inductor, de un determinado autor. Así también dice el TFA que, “pese a un intermediario del hecho, que es responsable sin restricciones, la contribución del hombre de atrás lleva casi automáticamente a la ... pretendida realización del tipo” (BGH, s. penal, t. 40, p. 236). Adicionalmente, el TFA recurre en su fundamentación a la idea desarrollada por Fr.-Chr. SCHOEDER en su libro “Der Täter hinter dem Täter” [“El autor detrás del autor”] (1965), según la cual el hombre de atrás puede adquirir el dominio del hecho ya a través de “la disposición incondicional del actuante inmediato para realizar el tipo” (ibídem, p. 236).

3. La coautoría

En la delimitación entre coautoría y complicidad el TFA sigue mucho menos la doctrina del dominio del hecho que en la autoría mediata. La jurisprudencia trabaja aquí con una teoría que yo denomino “teoría normativa de la combinación”. Según ella, para diferenciar entre autoría y participación se precisa de una contemplación valorativa determinada por cuatro puntos de apoyo: el grado del interés en el resultado, la extensión de la participación en el hecho, el dominio del hecho o por lo menos la voluntad de dominio del hecho⁽⁵⁾. Esto suena a un peso mayor del dominio del hecho o de los criterios similares a él. Pero la práctica muestra que la jurisprudencia reciente contempla frecuentemente como coautores a participantes del hecho, sin ningún dominio del hecho, solamente debido al propio interés que estos tienen en el hecho.

Esto lleva a que incluso las contribuciones preparatorias de bagatela frecuentemente lleven a condenar por coautoría. Un caso especialmente burdo es proporcionado por el TFA en BGH, s. penal, t. 37, p. 289: dos delinquentes buscados por la Policía se habían puesto de acuerdo para, llega-

(5) Las sentencias pertinentes pueden encontrarse citadas en ROXIN, Leipziger Kommentar, 11^{ava.} ed., 1993, art. 25, n. m. 26, 28.

do el caso, abrirse paso a balazos durante la fuga. Cuando fueron rodeados por policías, A abatió a dos de ellos e intentó matar a otros dos mientras que B arrojó la pistola y alzó las manos. Pese a ello, B fue condenado en los cuatro casos como coautor solamente debido a su participación en el acuerdo previo y al apoyo psíquico que brindaba con ello. La sentencia ha sido rechazada unánimemente en la literatura⁽⁶⁾, pero muestra que es prematuro que se diga a veces⁽⁷⁾ que la discusión teórica entre la jurisprudencia y la ciencia habría sido aclarada en el sentido de la teoría del dominio del hecho. Esto no es cierto hasta ahora por lo menos en cuanto a la delimitación entre coautoría y complicidad.

4. La inducción

Aquí la cuestión más importante es aquella tratada por la jurisprudencia más reciente: ¿cuán exactamente tiene el incitador que haber trazado previamente el hecho para que se pueda hablar de una instigación? ¿Es suficiente que A hubiera incitado a B a un hurto o tiene que decirle qué, cuándo y dónde debe hurtar, a fin de que se presente una inducción? En la sentencia TFA en BGH, s. penal, t. 35, p. 63, se exige que el incitador tenga que haberse representado las circunstancias particulares e individualizadoras (el objeto concreto, el lugar, el tiempo u otras circunstancias reales). Pero no se dice cuáles deberían ser estas. En el fallo dice: "Cuáles de los elementos idóneos para la individualización del hecho son respectivamente necesarios, no se desprende de una determinación abstracta-general y solamente puede ser decidido según las circunstancias del caso individual" (BGH, s. penal, t. 35, p. 63).

No considero que esto sea correcto, sino opino⁽⁸⁾ que debe ser suficiente que el inductor trace previamente la dimensión del injusto, es decir, la forma del ataque y la magnitud aproximada del daño. Luego, yo admi-

(6) ROXIN, *JR* 1991, p. 206; HERZBERG, *JZ* 1991, p. 856; PUPPE, *NSzZ* 1991, p. 571; ERB, *JuS* 1992, p. 197.

(7) Así en KÜPPER, *GA* 1986, p. 437 y ss. (p. 449).

(8) Más al respecto, *JZ* 1986, p. 908; *Leipziger Kommentar*, igual que en nota 4, art. 26, n. m. 57 ff.

tiría una inducción a un robo cuando alguien incita exitosamente a otro a procurarse, mediante el asalto a un banco, los 10,000 marcos alemanes que necesita. Cuál banco deba ser asaltado o cuándo deba suceder esto, según mi concepción, no tiene por qué ser sabido por el inductor. No obstante, estas cuestiones todavía son objeto de una discusión que continúa abierta.

5. La complicidad

También en este campo, la certeza del dolo del cómplice es objeto de muchas sentencias nuevas. En la sentencia del TFA en BGH, s. penal, t. 42, p. 136⁽⁹⁾, el último caso de este tipo, un perito, bajo acuerdo tácito del autor, había preparado un informe sobre una colección de piedras preciosas y le había atestado diez veces más de su verdadero valor. Éste suponía correctamente que el autor quería utilizar el informe para una estafa, pero no sabía más detalles. Aquí, el TFA ha admitido una complicidad en una estafa con *dolus eventualis* y, a diferencia de la inducción, siguiendo mi parecer allí defendido, ha hecho que sea suficiente que el cómplice hubiera avizorado la dimensión del injusto, es decir, el daño aproximado que aquí se podía causar con ayuda del informe. Esto es ciertamente correcto por sus resultados, pero yo opino que para una complicidad, a diferencia de la inducción, debe bastar que el cómplice apenas conozca el tipo que el autor quiere realizar. Entonces, si A pone a disposición de B el duplicado de una llave para un hurto, yo vería en esto una complicidad, aun cuando A no supiera nada acerca de la forma del hurto y sobre el daño. Pero también esta es una cuestión en la que existe aún una considerable falta de claridad en la discusión alemana.

III. LA CIENCIA

1. Las cuestiones fundamentales de la delimitación entre autoría y participación

a) La delimitación entre la autoría y la participación es emprendida por la opinión plenamente dominante en la literatura alemana tanto antes

⁽⁹⁾ Con anotaciones de ROXIN en JZ 1997, p. 210.

como ahora, mediante la teoría del dominio del hecho. Pero en la discusión existe agitación. Mi libro sobre la "Autoría y dominio del hecho" (1963), cuya sexta edición apareció en 1994 y será publicada este año ⁽¹⁰⁾ en idioma español, mientras ya estoy ocupado trabajando la séptima edición, ha llevado a que durante 20 años no aparezca en Alemania ninguna otra monografía sobre la autoría y la participación –aparte de una breve exposición didáctica de HERZBERG en 1977–. Pero desde entonces hay nueve libros nuevos que, más allá de cuestiones especiales, se esfuerzan por repensar otra vez los problemas fundamentales de la delimitación entre la autoría y la participación. Los nombraré en orden histórico:

M.-K. MEYER, "Der Ausschluss der Autonomie durch Irrtum. Ein Beitrag zu mittelbarer Täterschaft und Einwilligung", 1984.
BLOY, "Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht", 1985.

SCHUMANN, "Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung des Anderen", 1986.

STEIN, "Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre", 1988.

DÍAZ y GARCÍA, "La autoría en Derecho Penal", 1991 (un libro español que, sin embargo, forma parte de la discusión alemana).

BOTKE, "Täterschaft und Gestaltungsherrschaft", 1992.

MURMANN, "Die Nebentäterschaft in Strafrecht. Ein Beitrag zu einer personalen Tatherrschaftslehre", 1993.

SCHILD, "Täterschaft als Tatherrschaft", 1994.

RENZIKOWSKI, "Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung", 1997.

b) Los autores de estos libros son todos catedráticos o están encaminados a serlo. No se trata, entonces de disertaciones superficiales, sino de trabajos que uno tiene que haber leído si quiere conocer el estado de la discusión. Pero el tiempo no me permite reproducir su contenido siquiera tangencialmente. En resumen se puede decir que todos ellos –a excepción de STEIN– permanecen en la ruta trazada por la teoría del dominio del

(10) N. d. t.: el libro fue publicado a finales de 1998 por la editorial Civitas en España.

hecho y con ello, si bien ofrecen en particular muchas cosas emocionantes, en su totalidad no ofrecen nada esencialmente nuevo. BLOY y BOTCKE desarrollan –por cierto, para mi felicidad– una teoría del dominio del hecho similar a la que defiende, solo que con un enfoque algo diferente. MURMANN invoca su teoría personal del dominio del hecho. SCHILD emprende una discusión sobre mi libro, sin someter a la teoría del dominio del hecho –como él mismo dice (p. 47)– a un interrogatorio crítico. Y también RENZIKOWSKI, en el trabajo más reciente sobre nuestro tema, intenta solamente una –como él llama (p. 34, 77)– “reformulación de la teoría del dominio del hecho”, para lo que recurre a la prohibición de regreso y la idea de autonomía, es decir, a puntos de vista conocidos a través de la historia de la dogmática. También aquellos autores que colocan, como MAYER, a la “autonomía” o, como SCHUMANN, al “principio de la propia responsabilidad” en el centro de la delimitación, se ubican, objetivamente, muy cerca de la teoría del dominio del hecho porque son precisamente la autonomía o la propia responsabilidad de un ejecutante las que por regla general excluyen el dominio del hecho de otro participante.

c) La discusión se mueve, entonces, a grandes rasgos en un marco dado previamente por la teoría del dominio del hecho y llena los espacios interpretativos que deja este marco. Son sobre todo dos las divergencias de las que se alimenta una discusión de pareceres de carácter fundamental. En primer lugar, se enfrentan los representantes de un concepto del dominio del hecho orientado normativamente a aquellos autores que se basan más en las relaciones reales de dominio. Así dice, por ejemplo, JAKOBS⁽¹¹⁾ que el “dominio del hecho”, también reconocido por él en su importancia, es “determinado en la literatura ... en total, de manera muy naturalística (dominio como factum) y poco normativa (dominio como causa para la competencia)”, mientras que, a su vez, replica recientemente RENZIKOWSKI (p. 80), como defensor de la posición contraria: “Una dogmática penal normativa, sin relación con hechos, se queda en el aire”. Asimismo existe una confrontación entre un grupo de opinión que rechaza ampliamente al autor detrás del autor, basándose en la idea de autonomía, pues detrás

(11) JAKOBS, “Strafrecht. AT”, 2^{da.} ed., 1991, cap. 21, n. m. 33.

de un autor responsable por sí mismo no podría tener ningún otro el dominio del hecho, mientras que otra doctrina, p. ej., representada por mí y que la jurisprudencia defiende en adelante, reconoce distintas formas de aparición del dominio del hecho y la posibilidad de que se presenten al mismo tiempo de manera escalonada.

d) Una concepción fundamentalmente distinta es escogida por STEIN en su “teoría de las formas de participación”. Él distingue entre autores, inductores y cómplices, no según su dominio o no-dominio del hecho que lleva al resultado, sino según “normas de conducta” diferenciadas contra las cuales ellos atentán. Estas normas de conducta tendrían una “urgencia” diferenciada y serían, en principio, menos urgentes para el partícipe que para el autor, dado que el deber impuesto al autor de evitar lesiones a bienes jurídicos erigiría un “muro protector” para el bien jurídico (sobre esto y lo que sigue, pp. 241-243).

Por cierto que la norma de conducta del inductor, tal como mostraría la punición igual a la del autor, estaría provista de la misma urgencia que la norma de conducta del autor. Pero esto radicaría en que el inductor afectaría la motivación del autor fiel al Derecho y con ello “perforaría” el muro protector erigido delante del bien jurídico.

Las consecuencias prácticas de esta concepción se acercarían mucho a las de la teoría del dominio del hecho. Ello porque el “muro de protección” que rodea al autor en el fondo no es otra cosa que su dominio sobre los hechos. Aparte de ello, el libro, por lo demás escrito con erudición y perspicacia, solamente ha recibido rechazo⁽¹²⁾. Yo también opino que no se deben reducir las formas de participación a un atentado contra normas de conducta o a un desvalor de la acción por el simple motivo de que la autoría consiste en completar el tipo y el resultado pertenece al tipo. Las diferencias de las conductas solamente pueden influir en la forma de participación dependiendo de cómo se reflejen en el cumplimiento del tipo. Y el principio del dominio del hecho hace más justicia a esto que una

(12) La crítica más completa es la de KÜPPER, *ZStW* 105 (1993), p. 445 y ss. Comp. además LESCH, “Das Problem der sukzessiven Beihilfe”, 1992, p. 224 y ss.: RENZIKOWSKI, op. cit., p. 246.

“doctrina de la norma de conducta” en libre flotación y desprendida del resultado. También resulta poco plausible la idea de que deba ser la urgencia diferenciada de normas de conducta la que sustente la delimitación entre autoría y participación. Pues, independientemente de que para el caso de la autoría y la participación no pueda deducirse una urgencia diferenciada de las amenazas penales, las normas solamente pueden prohibir u ordenar algo y, con ello, no permiten un más o un menos. Su mandato rige sin más y no es accesible a una división escalonada por urgencias. Lo único diferente es el merecimiento de pena de las correspondientes infracciones a la norma, y a través de ello (y no de las divergentes causas de la intensidad normativa) se explican las diferentes medidas de pena.

a) Permítaseme pasar revista todavía a los nuevos manuales de los últimos años. KÜHL y GROPP defienden con énfasis la teoría del dominio del hecho. KÜHL⁽¹³⁾ dice: “En Derecho penal del hecho, el dominio objetivo del hecho es el criterio adecuado para determinar la autoría”. Él asume también las figuras jurídicas desarrolladas por mí de dominio de la acción, dominio de la voluntad y dominio funcional del hecho. Esto también lo hace GROPP⁽¹⁴⁾, para quien incluso esta sistemática se debe al “atractivo de la teoría del dominio del hecho”. Por el contrario, KÖHLER⁽¹⁵⁾ no puede conciliar con estas “fórmulas descriptivas” –como él las llama– y recurre a la así llamada teoría de la totalidad de SCHMIDHÄUSER⁽¹⁶⁾. Esta teoría toma como objeto de una valoración ponderativa todos los momentos del hecho, pero, debido a la inseguridad de sus resultados, casi no ha encontrado adeptos. En la coautoría, KÖHLER llega a resultados similares a los míos, pese a su crítica a la teoría funcional del hecho, cuando dice⁽¹⁷⁾: “Coautor es quien ejecuta el hecho conjuntamente con otro, bajo determinación recíproca mediante contribuciones equivalentes para cometer el

(13) KÜHL, “Strafrecht, AT”, 2^{da} ed., 1997, art. 20, n. m. 29, y para las formas de autoría, n. m. 27 y ss.

(14) GROPP, “Strafrecht. AT”, 1998, art. 10, n. m. 38.

(15) KÖHLER, “Strafrecht. AT”, 1997, p. 497, y sobre la teoría de la totalidad, p. 499.

(16) SCHMIDHÄUSER, “Lehrbuch. AT”, 2^{da} ed., 1975, cap. 10, n. m. 8 y ss., p. 163 y ss., 168.

(17) KÖHLER, igual que en nota 13, p. 513.

hecho”, mientras que –como único autor en la literatura alemana– otorga un mínimo espacio a la autoría mediata; en los casos de coacciones, del empleo de un incapaz o de quien actuaba bajo error de prohibición solamente admite una inducción⁽¹⁸⁾.

2. Cuestiones particulares

Finalmente quiero incidir en cuestiones particulares que han concitado una atención especial en la ciencia de los últimos años. El tiempo limitado no me permite un tratamiento extenso de los problemas, pero por lo menos pueden ser fijados algunos puntos principales para la discusión.

a) *La autoría inmediata*

Es casi indiscutible la autoría de aquel que completa el tipo de mano propia, dolosa y responsablemente. Solamente SCHILD⁽¹⁹⁾ ha desarrollado últimamente la idea de que un papel de servicio social del ejecutante podría hacer de él un cómplice. El mesero que sirve una comida envenenada por el cocinero, pese a reconocer la toxicidad, debería ser solamente un cómplice. Por el contrario, sería autor cuando sirve la comida a una persona distinta de la designada por el cocinero. Esto es poco comprensible⁽²⁰⁾. Pues de una u otra manera está en manos del mesero el dar muerte a alguien y quién deba ser esta persona. La muerte de un comensal queda de todos modos fuera del papel social de un mesero.

b) *La autoría mediata*

Aquí la discusión atizada por la jurisprudencia más reciente gira preponderantemente en torno al problema del “autor detrás del autor”. Así, el dominio de la organización, si bien se ha impuesto como caso de la autoría mediata en la jurisprudencia alemana, en la ciencia, aunque predominan sus partidarios, tiene sin embargo contrarios notables. Así, solo

(18) KÖHLER, igual que en nota 13, p. 509 y ss.

(19) SCHILD, op. cit., pp. 45-46.

(20) Correctamente RENZIKOWSKI, op. cit., p. 23 y ss.

para mencionar a dos de ellos aquí [en el Auditorio] presentes, JAKOBS⁽²¹⁾ únicamente quiere admitir en tales casos una coautoría, mientras que KÖHLER⁽²²⁾ aboga por la inducción. Sobre este tema voy a hablar con más detalle en Huelva, por lo que aquí voy a tener que resumir. Pero no veo verdaderas soluciones en las alternativas. No puede presentarse una coautoría porque los que dan las órdenes y los que las ejecutan ni siquiera se conocen y sus acciones de ninguna manera se enlazan entre ellas; más bien la orden solamente tiene la función de dar marcha a la acción típica. Pero tampoco la inducción es la figura jurídica correcta, porque el efecto excluyente de la resolución autónoma del autor, que impide la autoría para quien simplemente exhorta, no puede precisamente poner trabas en el camino hacia el resultado típico al autor de escritorio que actúa criminalmente en el marco de organizaciones. Claro que esto puede discutirse perfectamente.

c) Coautoría

La mayoría de los nuevos desarrollos y puntos discutibles se dan en el ámbito de la coautoría. Voy a mencionar de manera muy breve a cuatro:

Primero: una nueva concepción de la coautoría que merece atención también en Alemania ha sido presentada por DÍAZ y GARCÍA⁽²³⁾. DÍAZ opone a la concepción del “dominio funcional del hecho” que yo he desarrollado, el hecho de que aquel que no ejecuta por sí mismo la acción típica, p. ej., cuando sujeta a la víctima para que otro la acuchille, solamente ejercería un “dominio negativo del hecho”. Esta persona podría, a través de su no actuar (o sea, de no sujetar a la víctima) llevar al fracaso al tipo, pero nunca realizarlo. Esto último solamente lo haría aquel que ejecuta la puñalada y ejercería con ello el “dominio positivo del hecho”. Pretende

(21) JAKOBS, *NSzZ* 1995, p. 26.

(22) KÖHLER, igual que en nota 13, p. 510. También ha destacado como comprometido defensor de una solución de inducción HERZBERG en una “Jornada sobre Problemas de la Punibilidad en el marco de estructuras jerárquicas”, realizada en septiembre de 1997 en Moritzburg; la conferencia todavía no ha sido publicada.

(23) DÍAZ y GARCÍA, p. 691 y ss., 679 y ss., del trabajo arriba nombrado.

limitar la coautoría al dominio positivo del hecho el cual se presentaría, p. ej., cuando tres autores dan tres puñaladas a la víctima, causando conjuntamente su muerte. Además opina DÍAZ que del criterio del dominio funcional del hecho no podría deducirse la limitación deseable de la autoría a la etapa de la ejecución, pues una contribución necesaria durante los actos preparatorios podría ser decisiva para que el plan tenga éxito.

Se puede replicar a la última objeción que el que realiza un acto preparatorio, aun cuando preste una contribución irremplazable, ya no tiene en sus manos los acontecimientos y no puede dominarlos en tanto deja a otro la ejecución. Por eso, un codominio de la realización típica solamente es posible a través de una división de trabajo en la etapa de la ejecución.

Por lo demás me parece que la concepción de DÍAZ restringe demasiado la coautoría, porque la colaboración “positiva” en la acción típica, tal como la entiende, mayormente es ya una autoría inmediata (cuando, p. ej., varias personas, siguiendo un plan común, sustraen cosas con dolo directo de hurtar); los casos más importantes en la práctica son luego precisamente aquellos que Díaz quisiera excluir de la coautoría como constelaciones de dominio negativo del hecho.

Además, la distinción entre dominio positivo y negativo del hecho, tal como DÍAZ la defiende, no comprende con acierto la estructura del dominio funcional del hecho. Y es que –para permanecer en el ejemplo de el que apuñala– quien sujeta, al “poner a disposición” a la víctima, presta una contribución tan “positiva” para la realización típica como quien apuñala. El que la no prestación de esta contribución llevaría al plan al fracaso solamente es la cara “negativa” de este codominio positivo. En el que apuñala, la coautoría no está estructurada de diferente manera: aun en él la otra cara de su parte positiva en el hecho están en que su omisión haría fracasar el plan. Luego, la diferenciación afirmada no puede fundamentar una diferencia de valoración de las partes del hecho. Tanto en caso de que el coautor sostiene a la víctima para posibilitar la puñalada mortal como cuando él mismo dirige la puñalada que, unida a otras puñaladas, causa el resultado; en ambos casos, los participantes son alternativamente independientes uno del otro y codominadores del hecho a través de su actuar “positivo”.

Segundo: JAKOBS⁽²⁴⁾, así como sus discípulos DERKSEN⁽²⁵⁾ y LESCH⁽²⁶⁾, pretenden renunciar a la exigencia de una resolución común hacia el hecho en la coautoría y encuentran suficiente “una resolución de adaptación..., con la cual el participante que no actúa de manera inmediata, pero cooperera en la forma, vincula su contribución con el hacer del ejecutante”. Entonces, si A impide al policía decidido a intervenir para frustrar el asalto a una casa, A sería coautor, aun cuando el asaltante no hubiera notado para nada este apoyo. También en el ya mencionado dominio de organización no deberá impedir una coautoría la circunstancia de que los que dan la orden y los que la ejecutan no saben nada el uno del otro.

Fuera de la escuela de JAKOBS, esta doctrina no ha encontrado resonancia⁽²⁷⁾. Ella tiene sus ventajas, pero oculta el peligro –como ya lo mostró el dominio de la organización– de una exagerada ampliación de la coautoría. Además, difícilmente hace justicia a la representación del legislador, pues apenas si se puede calificar como “comisión conjunta”, tal como exige el legislador, a una influencia unilateral de la cual el otro no sabe nada. KÖHLER⁽²⁸⁾ opina que esta doctrina “incluso retrocede más allá del finalismo y prácticamente mueve los límites con la complicidad”. Espero un duelo verbal con los opositores durante la discusión.

Tercero: el punto principal de la discusión en la coautoría radica todavía en la cuestión de si los actos preparatorios pueden fundamentar una coautoría. Esto es afirmado por la jurisprudencia y yo ya he expuesto que ella considera suficientes en ocasiones incluso actos preparatorios mínimos y lejanos. Pero también representantes de la teoría del dominio del hecho como STRATENWERTH⁽²⁹⁾ o JAKOBS⁽³⁰⁾ pretenden que sean suficientes, para la coautoría, los actos preparatorios cuando estos dieran forma a la ejecución.

(24) JAKOBS, *Strafrecht. AT*, 2^{da} ed., 1991, cap. 21, n. marg. 43; *NStZ* 1995, p. 26.

(25) DERKSEN, *GA* 1993, p. 163 y ss.

(26) LESCH, *ZStW* 105 (1993), p. 271 y ss.

(27) Sobre la crítica ver más detalles en KÜPPER, *ZStW* 105 (1993), p. 295.

(28) KÖHLER, igual que nota 13, p. 516.

(29) STRATENWERTH, *Strafrecht. AT*, 3^{ra} ed., 1981, n. marg. 824.

(30) JAKOBS, igual que nota 9, cap. 21, n. marg. 48.

Por el contrario, una concepción más estricta, que yo también defiendo, exige para la coautoría una cooperación esencial en la etapa de la ejecución. Pues, aparte de los casos de la autoría mediata (que aquí no está en discusión), es imposible que se pueda dominar un acontecimiento de ejecución cuando uno no está presente. También es un contrasentido que, a través del desvío de la coautoría, se eleve a la categoría de autoría el influjo de un hombre de atrás cuando no es suficiente para una autoría mediata. Pese a ello, la concepción que yo defiendo constituye por lo menos una opinión minoritaria –aunque se está abriendo paso–. Últimamente está siendo defendida también, p. ej., por STEIN⁽³¹⁾ y KÖHLER⁽³²⁾, y ha sido fundamentada otra vez, de manera resumida, en 1995 por el asistente de Colonia ZIESCHANG en la revista ZStW⁽³³⁾.

Cuarto: pero el desarrollo más interesante en el ámbito de la coautoría está en la penetración imparable de la coautoría imprudente. Hasta hace pocos años en la literatura alemana la doctrina totalmente dominante era aquella según la cual en los delitos imprudentes regiría el concepto unitario de autor, de manera que cuando varios actuaban imprudentemente solo era posible una autoría accesoria. Actualmente numerosos autores se muestran partidarios de la coautoría culposa. Los trabajos más minuciosos han sido elaborados en la monografía de habilitación de cátedra de RENZIKOWSKI y el libro de Bettina WEIßER sobre decisiones colegiadas⁽³⁴⁾. También habría que nombrar la recientemente aparecida disertación de Simone KAMM sobre “Die fahrlässige Mittäterschaft” [la coautoría imprudente] en Ratisbona.

El motivo para el encubramiento de esta figura jurídica radica en los problemas de las decisiones colegiadas que se han vuelto recientemente actuales y que juegan un papel en la responsabilidad por el producto y también en los delitos ambientales. En estas decisiones se presentan ciertos

(31) STEIN, op. cit., p. 319 y ss.

(32) KÖHLER, igual que en nota 13, p. 516.

(33) Tomo 107, p. 361.

(34) WEISSER, “Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen”, 1995, p. 194 y ss.

problemas de causalidad de los votos individuales no fundamentales para la decisión cuando esta trajera consigo realizaciones típicas imprudentes. Por el contrario, si se observan a todos los votantes como coautores imprudentes, a cada uno de ellos se le imputa la contribución del otro y la causalidad de la conducta completa se puede comprobar sin problemas.

La posibilidad de coautoría imprudente tendrá que ser seriamente ponderada. Se tendría que construir, en los hechos culposos, un concepto independiente de "comisión en comunidad", diferente de la coautoría de los delitos dolosos. Esto está permitido dogmáticamente y es posible. El que sea aceptable o no depende de si se consigue construir un concepto suficientemente preciso de la comunidad imprudente. Y es que no se trata naturalmente de renunciar a la prueba de la causalidad de una conducta imprudente solamente porque varias personas se comportan culposamente.

d) Participación

Del amplio campo de la participación quiero solamente escoger un problema que, junto a las sentencias ya expuestas sobre la certeza del dolo de los partícipes, ha desatado una discusión especialmente viva en los últimos años: la cuestión de si las así llamadas acciones neutrales o cotidianas son punibles como complicidad o son totalmente impunes.

Sobre esto hay entretanto mucha literatura⁽³⁵⁾ con resultados muy distintos. El tiempo no me permite tratar a fondo esto ni exponer mi propia solución con más detalle⁽³⁶⁾. Pero por lo menos quiero exponer de qué se trata. ¿Es punible como cómplice en un hurto aquel que, p. ej., vende en una tienda un destornillador cuando sabe perfectamente que el comprador quiere cometer un robo con fractura con dicha herramienta? Yo creo que

(35) Monografías al respecto: WOLFF-RESKE, "Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgzurechnung", 1995; SCHILD TRAPPE, "Harmlose Gehilfenschaft?", 1995; WOHLLEBEN, "Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen", 1996. De la literatura en artículos: MEYER-ARNDT, *Wistra* 1989, p. 282 y ss.; NIEDERMAIR, *ZStW* 107 (1995), p. 507 y ss.; RANSIEK, *Wistra* 1997, p. 41 y ss.; *TAG, JR* 1997, p. 49 y ss.; WEIGEND, Libro-Homenaje a Nishihara, t. V, 1998, p. 197 y ss.

(36) ROXIN, igual que en la nota 4, § 27, n. marg. 16-22.

sí, pero JAKOBS⁽³⁷⁾, p. ej., discute esto y pretende dejar impune también al panadero que, conociendo todas las circunstancias, vende el panecillo al asesino con cuyo envenenamiento este causa la muerte de la víctima⁽³⁸⁾.

Entonces, tales negocios cotidianos quedarían impunes sin más, lo cual no alcanzo a comprender, porque mediante su inclusión consciente en contextos delictivos pierden su carácter cotidiano. Pero tampoco pretendo que se sancione penalmente cualquier promoción a actividades delictivas. Si mis asistentes me ayudan en mis manuales pese a saber que oculto al fisco sus honorarios, esto no es una complicidad en un fraude fiscal. Pues aquí falta la relación delictiva de sentido, porque la actividad de los asistentes es legítima independientemente de que el catedrático declare tributariamente sus honorarios, mientras que en los ejemplos contrarios la finalidad delictiva queda claramente en primer plano al vender el destornillador y el panecillo. Pero estos son solamente bosquejos sobre los que por cierto valdría la pena discutir.

Con esto termino mi panorama muy resumido. Con él se habrá mostrado que también en el ámbito de la autoría y la participación todavía hay muchos problemas que resisten a una solución definitiva.

(37) JAKOBS, *ZStW* 89 (1977), p. 20.

(38) JAKOBS, *Strafrecht. A T*, igual que nota 9, cap. 24, n. marg. 17.

Acerca del fundamento penal de la participación (*)



La discusión sobre el fundamento penal de la participación se ha movido mucho tiempo alrededor de la cuestión de si el injusto de la participación sería independiente o se derivaría del injusto del hecho principal. La exposición que sigue desarrollará la tesis de que ambas posiciones extremas son incorrectas en cuanto a su unilateralidad; más bien el injusto de la participación es en parte autónomo y en parte se deriva del hecho principal.

I. LO IRREALIZABLE DE INDEPENDIZAR PLENAMENTE EL INJUSTO DE LA PARTICIPACIÓN

1. Si se ve el injusto de la participación como totalmente independiente frente al injusto del autor, tendría que ser posible una participación punible incluso sin un hecho principal típico y antijurídico. Esto también es admitido consecuentemente por LÜDERSSEN⁽¹⁾, un principal defensor moderno de esta concepción, llegando al resultado de que la participación en un suicidio sería penada según los arts. 26, 27, 212⁽²⁾, que la instigación

(*) Publicado en el LH a Walter Stree y Johannes WESSELS, editado por Wilfried Küper y Jürgen Welp, Heidelberg 1993, pp. 365-382.

(1) "Zum Strafgrund der Teilnahme", 1967, pp. 168 y 214 (a favor del suicidio), p. 192 (a favor de la omisión de auxilio).

(2) Los artículos que no tienen designación de una determinada ley provienen del StGB alemán.

a una omisión de auxilio, en caso de muerte del accidentado, lo sería según los arts. 26, 211, 212, pese a que el “autor”, o bien no hubiera completado ningún tipo o hubiera completado un tipo totalmente diferente que el “partícipe”. Tal concepción es plenamente imaginable, pero no puede armonizar así como así con el principio de accesoriidad previsto en los arts. 26 y 27, y por ello no pueden ser defendidos como Derecho vigente. Además, como muestran los ejemplos, ella lleva a una enorme extensión de la punibilidad de la participación. Impedir esto debe ser el objetivo político-criminal legítimo de la vinculación de accesoriidad.

2. Por otro lado, en caso de admitir autonomía al injusto de la participación, sería consecuente dejar impune la participación en delitos de infracción del deber (delitos especiales), p. ej., la inducción al prevaricato, tal como SCHMIDHÄUSER⁽³⁾, el segundo defensor principal de un injusto independiente de la participación, también había admitido al principio, aunque por cierto difiriendo considerablemente de LÜDERSSEN en las consecuencias. Pues quien no cuenta en el círculo de autores del art. 336 no puede realizar en su persona el injusto del prevaricato. No obstante, está comprobado que el legislador quería tratar como participación y someter al art. 28, primer párrafo, bajo puntos de vista político-criminales, aquellos casos cuya impunidad también sería poco convincente⁽⁴⁾, de manera que en tal medida tampoco se puede compatibilizar con la ley la total separación del injusto de la participación del injusto del hecho principal.

3. M.-K. MEYER⁽⁵⁾, siguiendo a su maestro SCHMIDHÄUSER, pretende derivar del art. 30 la autonomía del injusto de la participación: “Y es que en tanto en el art. 30(...) ya ha sido penada la participación tentada, esto denota que el carácter lesionador del bien jurídico de la participación, en última instancia, sí es independiente de la existencia de

(3) “Strafrecht. AT” 1a. ed. 1970, cap. 14, n. marg. 98, de manera diferente en la segunda edición, 1975, en donde se admite la punibilidad, pero se la declara por “no objetiva” (cap. 14, n. marg. 25). En su “Studienbuch” (2^{da}. ed., 1984, cap. 10, n. marg. 38), recomienda la creación de disposiciones penales especiales para terceros no involucrados.

(4) Comp. solamente la fundamentación del Proyecto 1962, BT-Drucks, IV/650, p. 152.

(5) GA 1979, p. 252 y ss. (255).

un hecho principal". Pero esto tampoco es evidente, pues la inducción tentada no es precisamente ninguna participación, sino solamente la tentativa de ella. Así como el hecho tentado del autor no encierra dentro de sí una lesión del bien jurídico protegido por el tipo, así tampoco existe un carácter lesionador del bien jurídico en la participación tentada. Su independencia del hecho principal no permite por ello deducir la de la participación, prescindiendo totalmente de que incluso la participación tentada está referida a un hecho principal (solo que no se llega a realizar), de manera que, entonces, ni siquiera esta es independiente, si se toman como base las representaciones del autor.

4. También parte de un injusto independiente de la participación la teoría de la participación de la culpabilidad, al contemplar el fundamento de la pena de la participación en que el partícipe implica al autor en la culpabilidad y la pena. Esta teoría atenta claramente contra el principio de la accesoriedad limitada (arts. 26, 27 y 29), según el cual la participación no presupone necesariamente una culpabilidad del autor; por ello, ella no puede ser defendida *de lege lata* y tampoco tiene ya propulsores. Todavía juega algún papel la "teoría modificada de la participación en la culpabilidad" fundamentada por TRECHSEL⁽⁶⁾, también llamada "teoría de la participación del injusto", de la "corrupción" o de la "desintegración". Esta teoría quiere penar al partícipe, porque expone al autor a la desintegración social que también trae consigo un actuar injusto. Contra esto se responde desde hace ya tiempo que la pena de la participación, según la ley, está vinculada al marco penal del hecho del autor y no a la magnitud de la desintegración ocasionada; además, que de esta manera no podría explicarse la complicidad que se presta a un autor ya decidido por sí mismo a cometer el hecho, quien, por lo tanto, ya no puede ser desintegrado.

Últimamente KELLER⁽⁷⁾ ha puesto en duda la consistencia de ambas objeciones. Sobre el argumento del marco penal opina que podría ser "que la desintegración [hubiera sido] estimada en la ley de manera valorizante y

(6) "Der Strafgrund der Teilnahme", 1967.

(7) "Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten", 1989, p. 163 y ss.

generalizadora en abstracto”, de manera que la magnitud de la supuesta desintegración se guiaría según la gravedad del hecho. Y también la complicidad tendría efecto desintegrador, ya que uno podría plenamente “promover una carrera criminal prestando ayuda para hechos punibles”. Esta defensa de la concepción desintegradora no es muy convincente. Pues aun cuando la gravedad del hecho no deja de tener importancia para la magnitud de cualquier desintegración, la cuestión de si, p. ej., una persona sin antecedentes penales o un delincuente profesional es motivado a cometer el hecho, es, en cambio, mucho más importante; no puede admitirse que el legislador hubiera desconocido o no considerado esto. Aparte de ello, también sigue sin explicación por qué la desintegración del autor, aun cuando se la represente como que crece con la gravedad del hecho, deba siquiera merecer la pena de la comisión del hecho del autor. Pues el reproche de haber desintegrado socialmente a otro está situado en un nivel totalmente diferente del reproche, p. ej., de haber practicado un robo o un homicidio, y por ello, está lejos de poder justificar el mismo marco penal. Y en lo que concierne a la complicidad, la influencia de una ayuda particular a la carrera criminal de un delincuente no tiene importancia o, en todo caso, es totalmente mínima; esta influencia no puede explicar una punición, siguiendo el marco penal del autor (así esté atenuado).

Pero finalmente también KELLER llega a rechazar la “teoría modificada de la culpabilidad en la participación”, mediante una tercera objeción igualmente acertada. Su reflexión consiste en que cada uno tendría que “responder por sí mismo por su desintegración social”. Efectivamente, nuestro ordenamiento jurídico es ajeno a un “delito de desintegración” tal como aquí se postula. Si, tal como reconoce actualmente la jurisprudencia, la participación en una real autopuesta en peligro de la integridad corporal (como, p. ej., en el consumo de drogas) es como tal impune, con más razón no puede ser punible la cooperación en la desintegración social de una persona responsable. En resumen se podrá, entonces, decir, que también la teoría modificada de la culpabilidad en la participación puede ser considerada actualmente como definitivamente refutada.

5. Finalmente, SCHUMANN⁽⁸⁾ ha intentado, otra vez, renovar la idea de la independencia del injusto de la participación en una forma totalmente distinta. Opina que no podría hacerse responsable al partícipe por la lesión del bien jurídico, porque el “resultado [estaría] dentro del ámbito de responsabilidad del autor principal”. Más bien, la participación, “como tal, ya [contendría] un desvalor especial del acto” que fundamentaría su punibilidad. Según la teoría de SCHUMANN, aparece “la acción de solidaridad con el injusto ajeno como fundamento penal de la participación”. El que el partícipe se “solidarice con un injusto doloso ajeno, haga causa común con el hecho ajeno”⁽⁹⁾, fundamenta consecuentemente “el desvalor de la acción socialmente insoportable” que porta en sí su punición.

SCHUMANN dice que constituiría una ventaja especial de esta concepción el que, al vincular ella la pena de la participación al marco penal del hecho principal y con la punibilidad de la participación de extraños, no tendría ninguna dificultad en el delito especial propio. Esto es cierto, pues es plausible que también un injusto del hecho de solidarizarse, entendido independientemente, “se rija en su naturaleza y medida según el objeto de referencia del solidarizarse”. Y dado que también un extraneus puede, p. ej., solidarizarse con un funcionario delincuente, podría explicarse sin más la punibilidad del no obligado a través de este punto de vista.

Sin embargo, la idea de solidarizarse convence tan poco como la del principio de desintegración. SCHUMANN⁽¹⁰⁾ ve en el solidarizarse “un peligro socio-psicológico para la vigencia del Derecho” que sería idóneo “para conmover el sentimiento de una segura paz jurídica” y que daría “un ejemplo insoportable”. Luego, el injusto de la acción de la participación sería “idéntico con aquel en el cual la así llamada teoría de la conmoción [vería] fundamentado el injusto (de la acción) punible de la tentativa (inidónea)”. Según esto, la participación es una forma de delito de turbación de la paz. Pero la turbación de la paz que parte de la participación no radica

(8) “Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen”, 1986, p. 42 y ss.

(9) Sobre esto y lo que sigue, op. cit., p. 51.

(10) Sobre esto y lo que sigue, op. cit., p. 50.

pues, a la manera la tentativa inidónea, en una “caída de los valores fundamentales de la actitud jurídica interna”, que es independiente del resultado, en la mala impresión, o en la conmoción que genera el solidarizarse con delincuentes, sino en algo mucho peor, a saber en aquello que el partícipe causa motivando y apoyando, es decir, en el resultado! En caso contrario, la participación tentada tendría que ser equipararse a la consumada.

El que el resultado esté exclusivamente “dentro el ámbito de responsabilidad del autor” no resulta evidente, porque los arts. 26 y 27 extienden la responsabilidad por él precisamente a los partícipes. El simple solidarizarse (aparte del art. 140) no es punible en lo absoluto. Incluso como complicidad psíquica solo puede ser comprendido en tanto influya en el resultado. Por ello, no se puede colocar la participación exitosa que ha causado una lesión típica de bienes jurídicos al mismo nivel que la tentativa inidónea, que no causa nada. Aparentemente SCHUMANN mismo no quiere prescindir totalmente del resultado cuando dice⁽¹¹⁾ que “la exigencia de una lesión mediata del bien jurídico” constituiría “solamente una exigencia mínima al contenido de injusto de la participación”, pero no podría “ser reconocida como fundamento penal suficiente”. Pero por regla general, la perturbación de la paz mediante el solidarizarse no es nada que se añada como algo decisivamente nuevo y fundamentador de pena para la lesión del bien jurídico. Más bien, por su dañosidad social, esta se queda muy por detrás de la lesión del bien jurídico causada mediatamente, y constituye solamente un efecto concomitante, impune por sí mismo. Por cierto que todavía tendrá que mostrarse que, pese a todo, en la concepción de SCHUMANN, al igual que en general en la idea de la autonomía del injusto de la participación, se esconde una acertada verdad parcial.

II. ELEMENTOS INDEPENDIENTES, NO ACCESORIOS DEL INJUSTO DE LA PARTICIPACIÓN

Según lo expuesto puede, entonces, partirse de que el injusto de la participación no puede ser separado del injusto del hecho principal: cada participación es una causación accesoria, a través del autor, de una lesión

(11) Op. cit., pp. 44-45.

mediata y típica del bien jurídico. Este es el parecer dominante desde hace tiempo. También el TFA (BGH, s. penal, t. 4, p. 355, 358) enfatiza “que la ley penal no pena al inductor porque sea culpable de que otro se haga punible, sino porque coopera como autor lejano de que un hecho punible sea cometido (RG, s. penal, t. 5, p. 228; t. 15, p. 316...)”. “La causación de una conducta antijurídica” importaría “la esencia de la inducción”.

Pero ya se están multiplicando las voces que reconocen, junto a la causación de un hecho del autor, también elementos independientes del injusto del partícipe, no deducibles del hecho principal. Antes había exigido yo, siguiendo parcialmente a SAMSON y a STRATENWERTH, un “ataque al bien jurídico” autónomo del partícipe, y había tratado, mediante este concepto, de completar con algunos criterios la causación orientada accesoriamen-⁽¹²⁾. Esta idea encuentra cada vez más resonancia⁽¹³⁾ y está consiguiendo poco a poco atención en los comentarios y manuales provenientes de la doctrina dominante. Así, si bien CRAMER⁽¹⁴⁾ dice que el injusto de la participación sería “dependiente del injusto del hecho principal”, sin embargo también encarnaría “un propio desvalor”. Si bien JESCHECK⁽¹⁵⁾ considera el injusto de la participación “dependiente del hecho principal en cuanto a su fundamento y a su medida”, sin embargo, al mismo tiempo habla de la “dirección del ataque al bien jurídico protegido, que también es exigible para el partícipe”. Para WESSELS⁽¹⁶⁾, “ambas formas de participación derivan su contenido de injusto del injusto del hecho principal. Esto no significa que la inducción y la complicidad no encarnen ningún desvalor

(12) ROXIN, *LK*, 10a. ed., 1978, com. previo art. 26, n. marg. 1-7; STRATENWERTH, *AT*, 3^{ra} ed., 1981, n. marg. 858, 860; SAMSON, en “*SK-StGB*”, 1985, com. previo art. 26, n. marg. 14-18.

(13) En los resultados igualmente BLOY, “Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht”, 1985, p. 252 y ss.; JAKOBS, *AT*, 2^{da} ed., 1991, cap. 22, n. marg. 9; RUDOLPHI, *StV* 1982, p. 518 y ss.; STEIN, “Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre”, 1988, p. 117 y ss.; similar, OTTO, *LH a Lange*, 1976, p. 201 y ss.; el mismo autor, *JuS* 1982, p. 558; el mismo autor, *AT*, 4^{ta} ed., 1992, cap. 22 I, 2, c.

(14) En SCHÖNKE/SCHRÖDER, “*StGB*”, 24^{ava} ed. 1991, com. previo art. 25, n. marg. 17.

(15) *AT*, 4^{ta} ed., 1988, cap. 64 I, 2, III 2 b.

(16) *AT*, 22^{ava} ed., 1992, cap. 13 IV, 1.

propio”. Por cierto que es mucho menos claro en qué consiste realmente la independencia parcial del injusto de la participación y cómo se refleja en la práctica. A continuación, quiero tratar de aclarar esto un poco y de explicarlo usando cinco grupos de problemas.

1. La participación punible presupone que el bien jurídico lesionado por el autor también está protegido frente al partícipe

Este punto de vista –que también es frecuentemente resaltado⁽¹⁷⁾– juega un papel importante especialmente en la participación necesaria. La víctima de una acción de usura (art. 302 a) o de un delito sexual (arts. 174-176), el prisionero liberado (art. 120) o el primer autor favorecido por un delito de encubrimiento personal (art. 258) podrían no ser punibles como partícipes en un hecho principal, aun cuando hubieran inducido a ello. Pues nadie puede atacar de manera punible su propio patrimonio (art. 302 a) o su propia integridad sexual (arts. 174 y ss.). Tampoco la custodia estatal, tal como lo demuestra la impunidad de la autoliberación [evasión de un establecimiento penal], es protegida en contra del apresado (art. 120) ni tampoco la administración de justicia penal estatal es protegida contra un delito de encubrimiento (art. 258) cometido por el propio delincuente.

En ello el inductor (si me es permitido proseguir con esta forma de participación que es la más fuerte) participa plenamente en una acción punible del autor y tendría que ser penado si la realización mediata y accesoria de un tipo circunscribiera hasta el agotamiento el fundamento penal de la participación. Pero el ataque a un bien jurídico, protegido también frente a aquel, tiene que adicionarse como elemento independiente del injusto de la participación. La falta de capacidad de protección del bien jurídico frente al “partícipe” excluye el injusto de la participación, pese a la causación accesoria de un hecho punible del autor. Solo el autor, no también el “inductor”, ejecuta en tal caso un ataque al bien jurídico.

(17) Comp., por mencionar solo a algunos, LÜDERSSEN, igual que nota 1, p. 131 y ss.; SAMSON, en “SK-StGB”, 1985, n. marg. 17, com. previo art. 26; STRATENWERTH, AT, n. marg. 860, M.-K. MEYER, GA 1979, p. 263 y ss.; HERZBERG, “Täterschaft und Teilnahme”, 1977, p. 133 y ss.

Los mismos resultados, sin recurrir al fundamento penal de la participación, son explicados por una opinión difundida, a partir de las particularidades de cada uno de los tipos. Así se advierte que hablaría en favor de una impunidad de la participación, en los arts. 302a, 174 y ss., la necesidad de proteger a la víctima, y en los arts. 120 y 258, la situación del presidiario y del delincuente parecida al estado de necesidad. Por ejemplo, WOLTER⁽¹⁸⁾ es escéptico frente a una argumentación desde el fundamento penal de la participación, porque el instituto de la participación necesaria seguiría “reglas completamente propias”. Pero las diferentes fundamentaciones no se excluyen entre ellas. Más bien sucede que la necesidad de protección de la víctima y la situación parecida al estado de necesidad del cooperador son el motivo por el cual el legislador ha dejado sin protección el bien jurídico frente a ellos.

Pese a todo lo anterior, lo decisivo para la fundamentación dogmática sí es la situación de desprotección del bien jurídico frente al partícipe y no el motivo de ella. Pues es siempre indiscutible en qué medida deba liberarse de pena a alguien debido a una “situación parecida a un estado de necesidad”; como se sabe, la jurisprudencia ha declarado punible en caso del art. 120 la inducción por el prisionero, y en caso del art. 258 –por lo menos antes⁽¹⁹⁾– la inducción por el delincuente. Una fundamentación inobjetable en favor de la impunidad es solamente conseguida por el reconocimiento de que la falta de punibilidad de la autoliberación del prisionero y de la frustración de pena [el encubrimiento] por el delincuente tiene que arrastrar consigo necesariamente también la impunidad de la realización mediata, no autoral de tales resultados. Allí donde la “autoría” es impune, con más razón debe serlo la participación.

Esto rige también para el homicidio y las lesiones corporales. La vida y el cuerpo son protegidos contra cualquier tercero, pero no contra su “titular”. Entonces, quien exige su propia muerte (art. 216) o su mutilación,

(18) JuS 1982, p. 343 y ss. (344). No obstante, él admite que precisamente desde el punto de vista de la concepción aquí y por él defendida sobre el fundamento penal de la participación podría alcanzarse, con su ayuda, “casi una seguridad plena de los resultados”.

(19) Me parece que hoy en día la conclusión en sentido contrario del art. 257, tercer párrafo, segunda oración, garantiza la impunidad.

inmoral según el art. 226 a, no comete una inducción punible. Pues nadie puede atacar su propia vida y su propio cuerpo de manera penalmente relevante. OTTO⁽²⁰⁾ ve esto de manera diferente. Para él lo central es que el portador del bien jurídico no tendría ningún derecho a disponer de su vida y de su cuerpo. Por ello, quiere penar por inducción a lesiones corporales y, en el caso del art. 216, arriba a la liberación de pena solamente atendiendo a la “especial situación psíquica de la víctima”. Pero la liberación de pena en el art. 216 resulta poco consecuente, pues la “exigencia expresa y seria” presupone la responsabilidad y la falta de carácter coactivo de lo pretendido. Por otro lado, no hay ningún motivo comprensible para penar la inducción a una automutilación cuando la automutilación autoral (por más inmorales que sean sus motivos) es impune como tal. Por ello, en ambos casos no interesa la falta de libertad de disposición del participante, sino la impunidad del suicidio y de la autolesión. Hace falta un propio concepto de bien jurídico y con ello, pese a la cooperación en un hecho de autoría punible, el fundamento penal de la participación⁽²¹⁾.

Ya el caso de las lesiones corporales muestra que la problemática va mucho más allá de la participación necesaria. Quien induce a otro a hurtar en una casa aparentemente ajena, pero en realidad perteneciente al inductor, no es partícipe necesario. Pese a todo es impune porque no es posible un ataque penalmente relevante contra la propia propiedad⁽²²⁾. Casos como este, que pueden ser trasladados a todos los bienes jurídicos disponibles, dejan totalmente en claro que la impunidad del cooperador no resulta de particularidades de la participación necesaria, sino de un fundamento penal de la participación, esto es, de la necesidad de un ataque independiente al bien jurídico.

(20) LH a Lange, 1976, p. 212 y ss.

(21) Igual que aquí, por sus resultados, WOLTER, JuS 1982, p. 345 y s.; JAKOBS, AT, cap. 24, n. marg. 9; HERZBERG, igual que nota 17, cap. 13, II, 1.

(22) Luego, no se necesita fundamentar la impunidad en que, de cualquier modo, el autor solamente podría cometer una tentativa debido al acuerdo del propietario. Esta fundamentación sería incluso errónea, pues este acuerdo tendría que destacarse exteriormente de alguna manera para poder desarrollar efectos jurídicos (ROXIN, AT I, 1992, cap. 13, n. marg. 47, 48).

2. La participación punible presupone que el partícipe tenga por sí mismo el dolo de realizar el tipo

Actualmente casi no se discute que una participación punible solamente se presente cuando el dolo del partícipe se dirija a una plena realización del tipo. Quien solamente pretende que se llegue a la tentativa, es decir, p. ej., el que da al autor decidido a asesinar por envenenamiento un polvo inocuo, o quien ayuda al ladrón fracturador, pero se asegura desde el principio de que sea capturado en el lugar de los hechos, no puede ser penado por complicidad. Esta constelación alcanza la mayor importancia práctica en la figura del “agent provocateur”: quien induce a otro para poder probar el delito y hacer que lo arresten en el estadio de la tentativa, es impune.

Todo esto tiene tal reconocimiento hoy en día que prácticamente apenas puede uno ponerse a pensar en la fundamentación. Y es que el usual discurso sobre el doble dolo en la participación, que tendría que referirse primero a la determinación hacia el hecho y a la cooperación, y luego a la consumación de la realización típica, solo constituye una expresión (acertada), pero ninguna fundamentación. Es claro que la teoría de la participación en la culpabilidad (y en el injusto) tendría que llevar a la punibilidad en el “agent provocateur”, porque ya en una tentativa punible se presenta también un implicar al autor en la culpabilidad o en la desintegración social. Pero con el rechazo global de esta teoría no se prueba de ninguna manera la impunidad, mayormente considerada evidente, del partícipe. Pues dado que existe el injusto de un hecho principal tentado, la deducción de la punibilidad de la participación desde el injusto del autor tendría que conducir igualmente a la punición del tercero ajeno (por participación en un delito tentado).

La concepción preponderante que ve el fundamento penal de la participación únicamente en la causación orientada a la accesoriedad, no puede llegar a la absolución fundamentando, p. ej., que el partícipe, para ser punible, tendría que haber querido causar el resultado típico⁽²³⁾. Pues también

(23) Así aparentemente HERZBERG, igual que nota 17, p. 130, resumiendo la “jurisprudencia y la doctrina dominante”.

la tentativa es ya un resultado, y el partícipe ha querido causar este y lo ha causado de manera accesoria; puesto que dicho resultado es suficiente para el autor, tendría que ser igualmente suficiente para la pena por participación si el injusto de la participación se agotare en la deducción del injusto del autor.

La solución correcta recién se obtiene cuando se reconoce que el dolo es un elemento no accesorio. Esto quiere decir: no basta para la pena del partícipe que el autor tenga el dolo y que el partícipe lo sepa. Antes bien, el partícipe tiene que tener un propio dolo que sea independiente de aquel del autor y que represente una pieza de injusto independiente de participación. Es mérito de HERZBERG⁽²⁴⁾ el haber trabajado por primera vez claramente el carácter no accesorio del dolo. Pero me parece que la fundamentación dada por él oscurece más bien su trascendente entendimiento. A saber, opina HERZBERG que el dolo como criterio “referido a valores” sería un “elemento personal especial” en el sentido del art. 28. Deduce entonces: “Según esto... para el agent provocateur resultaría solamente una atenuación de la pena (art. 28, primer párrafo). No obstante, solo es explicable ir más allá de esto por el hecho de que no se siente como suficiente un ablandamiento atenuador de la pena. En el dolo se ve –por así decirlo– un elemento personal extremadamente especial, cuya ausencia en el partícipe obliga a aplicar la solución radicalmente no accesoria de la plena absolucón”.

Esto convence poco, porque aparta simplemente la regulación distinta del art. 28, primer párrafo, invocando un sentimiento jurídico que obliga a la absolucón. Esto no sería permitido si el dolo fuera siquiera un problema del art. 28. Pero, de manera correcta no deberá verse al dolo como un elemento personal especial, ni tampoco deberá llegarse a la absolucón mediante la construcción de un elemento “extremo” de este tipo, desconocido por la ley⁽²⁵⁾. Más bien es imperioso adjudicar al fundamento penal de la participación la no-accesoriedad del dolo, reconocida por HERZBERG

(24) De entre sus numerosas obras pertinentes aquí solo cito el breve resumen en su monografía “Täterschaft und Teilnahme”, 1977, p. 129 y ss. (131).

(25) La difícil cuestión de lo que es un “elemento personal especial” no puede ser tratada aquí con más detalle. Comp. al respecto mis comentarios al art. 28 en el Leipziger Kommentar que aparecerá próximamente en una nueva edición.

de manera tan aguda, al igual que todos los elementos no accesorios del injusto de la participación: quien no quiere la realización del tipo, no ataca al bien jurídico protegido por la correspondiente disposición y ya por ese motivo no puede ser un partícipe.

3. La participación punible presupone que el partícipe admita en su dolo también la realización de intenciones relacionadas con el bien jurídico

También las intenciones relacionadas con el bien jurídico, como las que contiene el tipo subjetivo de muchos delitos (p. ej., los arts. 164, 242, 257, 267 y 268), no deben ser tratados como elementos no accesorios⁽²⁶⁾. Entonces, quien, con la finalidad de apresar a un falsificador, le solicita determinado documento dirigido supuestamente a engañar en el tráfico jurídico, documento que, según lo planeado desde el principio, luego de su recepción es entregado a la Policía, denunciando al falsificador, no es punible por inducción a una falsificación documental. Pues si bien el inductor no tiene que querer engañar personalmente con el documento en el tráfico jurídico, sí tiene que saber y querer que con el documento tendrá lugar un engaño en el tráfico jurídico. Si su dolo no está dirigido a ello, no quiere atacar al bien jurídico protegido, el tráfico de documentos con carácter probatorio, y queda impune; no se da el fundamento penal de la participación. De manera correspondiente tampoco es punible por inducción al hurto, el *agent provocateur* que hace apresar al ladrón inmediatamente después de haber este alcanzado la custodia⁽²⁷⁾; pues aquel no quiere atacar la propiedad de la víctima en la manera presupuesta por el art. 242 de una expropiación permanente, sino solamente causar un *furtum usus* de corta duración. Esto rige *mutatis mutandis* para todos los delitos de intención referidos al bien jurídico.

(26) Es distinto lo que sucede con las intenciones no relacionadas con el bien jurídico como la intención de enriquecerse en la estafa; comp. al respecto mi exposición en la 11a. ed. del Leipziger Kommentar, cap. 26, n. marg. 81.

(27) Por cierto que, si el hecho se refiere a un vehículo motorizado o a una bicicleta, se da la punibilidad según los arts. 26, 248b; en todo caso, aquí entraría en consideración una justificación según el art. 34.

La no-accesoriedad de los delitos de intención referidos al bien jurídico también ha sido reconocida por primera vez por HERZBERG⁽²⁸⁾. Ya se ha señalado la problemática de su construcción de “elementos personales extremos especiales”. Ellos no son necesarios, porque ya el fundamento penal de la participación explica sin problemas la impunidad. HERZBERG se acerca a esta concepción cuando dice⁽²⁹⁾ sobre el partícipe que, dado que este “no habría permitido que se llegue” a la “lesión material del bien jurídico”, se equipararía “visto objetivamente a un agent provocateur. Siguiendo correspondientemente el quebrantamiento no escrito de la accesoriedad desarrollada para esta figura de la participación, esta persona debe quedar plenamente impune”. HERZBERG ha encontrado acogida sobre todo en JAKOBS⁽³⁰⁾, quien se apoya acertadamente en un “paralelismo entre el dolo de consumación y el dolo excedente”⁽³¹⁾. Pero precisamente JAKOBS objeta la fundamentación que parte de la “falta de un dolo para la lesión del bien jurídico”⁽³²⁾. Tal ampliación de la absolucón “de la falta de un dolo de consumacion a la falta de un dolo para la lesión del bien jurídico” sería “debido a la arbitrariedad con la cual puede determinarse el nivel de abstracción del bien jurídico (...) casi infinita”. Pero esto no resulta claro. Ciertamente, el bien jurídico de cada tipo tiene que ser precisado nítidamente. Pero no puede haber otro punto de referencia para el dolo del partícipe, en especial, porque JAKOBS⁽³³⁾ mismo determina el injusto de la participación coincidiendo ampliamente con la opinión aquí defendida como “el propio ataque –pero no uno del autor– a un bien a través de una causación imputable de un hecho autoral”.

(28) *ZStW* 88 (1976), p. 95 y ss.; el mismo autor, *JuS* 1983, p. 742 y ss.; *GA* 1991, p. 151 y ss.; “Täterschaft und Teilnahme”, 1977, p. 131 y ss.

(29) Igual que nota 17, p. 132.

(30) *AT*, cap. 23, n. marg. 17, 19, 20.

(31) *AT*, cap. 23, n. marg. 20.

[N. d. T.: el “dolo excedente” (überschießend) se refiere a aquel que deben tener los participantes en los tipos penales de consumación adelantada. P. ej., en la falsificación documental, todos deben tener el dolo de que el documento sea utilizado para engañar dentro del tráfico jurídico (ejemplo de JAKOBS, *Manual*, cap. 23, n. marg. 19)].

(32) *AT*, cap. 23, n. marg. 17.

(33) *AT*, cap. 22, n. marg. 9.

Pero, aparte de dichas diferencias de fundamentación, también el resultado defendido aquí para las mencionadas intenciones [de dolo directo de primer grado] es mucho más discutible que en el caso del dolo. Mientras que el tratamiento no-accesorio del dolo es reconocido por todos. Por lo menos en sus resultados, la opinión dominante trata las intenciones como plenamente accesorias y, consecuentemente, tiene que llegar a la pena por inducción en los ejemplos arriba mencionados (que correspondan). En los últimos años, esta opinión ha sido defendida con especial énfasis por KELLER⁽³⁴⁾. Una meticolosa confrontación con sus argumentos exigiría una monografía separada, la cual no puede ser realizada aquí. Sin embargo, baste con indicar que no es correcta –con seguridad– su tesis principal, según la cual una limitación de la responsabilidad por participación en el sentido aquí indicado llevaría a una “responsabilidad de la actitud interna” en el autor. Dice⁽³⁵⁾: “Si el autor es penado por un delito intencional consumado, pero el provocador es simultáneamente absuelto, entonces el autor es hecho responsable por su actitud interna de autor”.

En primer lugar, hay que contraponer a esto que la supuesta “responsabilidad de actitud interna” del autor solo puede ser deducida desde el reproche por el hecho dirigido contra él y no desde la punición o no-punición del partícipe. Pero que la realización autoral de los arts. 267 y 242 ponga al descubierto una “responsabilidad por actitud interna”, todavía no ha sido afirmado por nadie. Y en lo que se refiere a la punibilidad del partícipe, un precepto elemental de justicia y de igualdad de tratamiento consiste en que en la parte subjetiva no presuponga mucho menos que en el autor. Si en el autor, junto con el dolo, es presupuesto de la punibilidad la intención de engañar y de apoderamiento, bajo puntos de vista de merecimiento de pena es apropiado exigir en el partícipe, además del dolo, que él también quiera la realización de la intención específica del tipo a través del autor. En caso contrario, el partícipe sería tratado de manera más severa que el autor, pese a que su conducta tiene que ser juzgada más bien como de manera más atenuada que la del autor⁽³⁶⁾.

(34) Igual que nota 7, pp. 212-236.

(35) Igual que nota 7, p. 236, nota 77.

(36) Comp. la contracritica en JAKOBS, AT, cap. 23, n. marg. 20, nota 20: “¡Quién hace responder al partícipe, pese a que no presenta el elemento subjetivo, opera con un tipo que es más corto que el positivado!”.

Cuando tantos autores quieren penar al partícipe, pese a que él (como “agent provocateur”) no solo no ha admitido la realización de la intención específica del tipo en cuanto a su dolo, sino que precisamente quiere frustrar esa realización, entonces, el trasfondo de ello es la desaprobación contra los actos de seducción para la comisión de delitos (seducción mayormente motivada incluso por el Estado). Pero este punto de vista (atendible desde la Política Criminal) solo puede ser admitido por la teoría de la participación en la culpabilidad, la cual no se corresponde con el Derecho vigente (ni siquiera en forma modificada) ni tampoco es defendida por los autores que se pronuncian por la punibilidad. Pero si, tal como se exige jurídicamente, se centra uno solamente en la afección del ordenamiento estatal de bienes jurídicos, entonces no es razonable penar una conducta que es vista por las autoridades y Tribunales, unánimemente, como indispensable para su defensa.

4. La inducción punible presupone una incitación dirigida a un objetivo

Finalmente, se muestra una porción de injusto autónomo de la inducción en el hecho de que, según la opinión hoy en día mayoritaria y acertada, la causación dolosa de una decisión para cometer el hecho todavía no es suficiente para una punición por inducción. Cuando alguien hace saber a otro sobre el adulterio de la mujer de este, suponiendo que este va a dar una paliza a la adúltera, si el marido reacciona según lo esperado, el primero habrá causado dolosamente una decisión para una lesión corporal. Igualmente habrá causado dolosamente una decisión de hurto quien colocare al alcance de alguien la billetera llena de un tercero, a fin de llevarlo a una tentación ante la cual este también sucumbe.

Hay que aprobar el parecer que rechaza una inducción en tales casos⁽³⁷⁾. La formulación frecuentemente usada de que la inducción

⁽³⁷⁾ JAKOBS, AT, cap. 22, n. marg. 21 y ss.; JESCHECK, cap. 64 III, 1; D. MEYER, “Das Erfordernis der Kollusion bei der Anstiftung”, 1973, p. 7, 100 y ss.; el mismo autor, JuS 1970, p. 529 y ss. (530); OTTO, JuS 1982, p. 557 y ss. (560), ROGALL, GA 1979, p. 11 y ss. (12); SCHMIDHÄUSER, AT, 2^{da}. ed., 1975, cap. 14, n. marg. 104; CRAMER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, “StGB”, 24^{ava}. ed., 1991, cap. 26, n. marg. 7; SCHUMANN, igual que nota 8, p. 52 y ss.; STEIN, igual que nota 13, p. 271; STRATENWERTH, AT, n.

presupondría un “contacto espiritual” o un “influjo espiritual” no es, por cierto, idónea para fundamentar la impunidad⁽³⁸⁾. Pues ni en el ejemplo del adulterio ni en el del arreglo de situaciones provocadoras del hecho (como en el ejemplo de la billetera) faltan un influjo espiritual [psíquico]. Una decisión para el hecho solo puede conseguirse a través de la *psyche* del autor, es decir, por la vía del influjo psíquico. Pero lo que correctamente tiene que exigirse para la inducción es más que esto: a saber una colusión entre el inductor y el autor, una incitación dirigida al objetivo a través del inductor, tal como también se había presupuesto antes para el art. 49a, primer párrafo (actualmente art. 30, primer párrafo) en el texto legal⁽³⁹⁾.

Solo tal incitación puede ser juzgada como ataque al bien jurídico, pues las informaciones y situaciones que pueden motivar a acciones punibles forman parte de las experiencias cotidianas de cualquier persona. Sea que tales “situaciones tentadoras” ocurran casual o intencionalmente: por la reacción a ello es responsable solamente cada uno, sin que se pueda participar de ella a un inductor. Luego, debe rechazarse una inducción⁽⁴⁰⁾. Pues falta, tal como con razón dice FRISCH⁽⁴¹⁾: “el claro contenido de sentido de una acción dirigida a ocasionar la resolución delictiva”.

Aquí también se oculta el auténtico núcleo del criterio de solidarizarse desarrollado por SCHUMANN. Él dice acertadamente sobre la acción

marg. 881; WELZEL, “Das Deutsche Strafrecht”, 11a. ed., 1969, cap. 16 II 1; WESSELS, AT, 22^{ava}. ed., 1992, cap. 13 IV 4a.

(38) En tal medida es acertada la crítica de SAMSON en “SK-StGB”, 1985, art. 26, n. marg. 5 y BLOY, igual que nota 13, p. 329.

(39) Por el contrario, se va demasiado lejos cuando PUPPE -GA 1984, p. 101 y ss (112-114)- y JAKOBS (AT, cap. 22, n. marg. 22) exigen casi una dependencia de parte del autor del inductor. Empero, no se hará el seguimiento de esto, pues ambos autores exigen igualmente una incitación dirigida al objetivo (e incluso más).

(40) Por el contrario, a favor de la inducción, aparte de los mencionados en la nota 38: BHG, GA 1980, p. 184; BLEI, AT, 18^{ava}. ed., 1983, cap. 79 II 2; DREHER/TRÖNDLE, “StGB”, 45^{ava}. ed., 1991, cap. 26, n. marg. 3; HERZBERG, igual que nota 17, 4. parte, II 2 b; LACKNER, “StGB”, 19a. ed., 1991, cap. 26, n. marg. 2; WIDMAIER, JuS 1970, p. 242 y ss.

(41) “Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges”, 1988, p. 343 y ss.

de arreglar las cosas para crear una situación que posibilite el hecho⁽⁴²⁾: “Pero, puesto que a diferencia del persuadir, el hombre de atrás no presenta el contenido de sentido de un solidarizarse con el hecho provocado, éste puede aquí retraerse al punto en que sería cuestión del otro cómo tenga que reaccionar a dicha tentación”. De manera correcta, SCHUMANN extiende el rechazo a una inducción también a determinadas “influencias ideales”, “así, p. ej., cuando, mediante informaciones sobre hechos exitosos de otros o exponiéndole la posibilidad de enriquecerse mediante un delito, el autor principal es llevado dolosamente a la idea y a la resolución de cometer un hecho correspondiente”. En caso contrario se tendría que prohibir de plano las informaciones sobre delitos, pues siempre pueden incitar a la imitación. Terminológicamente, por cierto, el concepto de “solidarizarse” no expresa cabalmente lo correctamente reconocido. Pues uno se solidariza, según el lenguaje cotidiano, con la resolución ya adoptada de otro, mientras que el inductor recién tiene que ocasionar esta resolución mediante una incitación (sea expresa o implícita) dirigida al objetivo. Precisamente en ello consiste el ataque independiente al bien jurídico, que caracteriza el injusto de la inducción más allá de la causación accesoria.

5. La complicidad presupone una referencia delictiva de sentido

También la complicidad tiene un desvalor que va más allá de la causación accesoria. Esto se muestra primeramente en la necesidad de un incremento del riesgo provocado por la complicidad⁽⁴³⁾. Además se presenta en el problema todavía poco aclarado, pero por lo menos cada vez más reconocido de las “acciones cotidianas”, de las “acciones neutrales”⁽⁴⁴⁾. ¿Es una complicidad punible cuando alguien vende a un hombre un destornillador, sabiendo que lo quiere utilizar para un robo con fractura⁽⁴⁵⁾?

(42) Igual que nota 8, p. 52.

(43) Al respecto ROXIN, *LK*, 11a. ed., 1993, cap. 27, n. marg. 4 y s.

(44) Comp. lo más reciente en JAKOBS, *ZStW* 89 (1977), p. 1 y ss.; el mismo autor en *AT*, cap. 24, p. 13 y ss.; SCHUMANN, igual que nota 8, p. 54 y ss.; FRISCH, igual que nota 41, p. 295 y ss.; ROXIN, *LH a Tröndle*, 1989, p. 177 y ss.; MEYER-ARNDT, *Wistra* 1989, p. 281 y ss.

(45) El ejemplo es empleado por JAKOBS, *ZStW* 89 (1977), p. 20, y es adoptado por SCHUMANN, igual que nota 8, p. 54 y ss.

JAKOBS y SCHUMANN no están de acuerdo con esto. Para JAKOBS⁽⁴⁶⁾, “los usuales negocios de intercambio de la vida diaria” no pueden fundamentar una complicidad punible “si la acción delictiva no se vuelve un sentido de acción común”. Para SCHUMANN, una complicidad punible presupone que el cómplice “se solidarice con el hecho del otro, es decir, que de manera reconocible se ponga de parte del injusto”. En nuestro ejemplo, faltaría ello.

Este resultado no me es muy claro. Pues si el comprador comunica al vendedor cómo quiere utilizar el destornillador, tampoco desde la perspectiva de nuestros dos autores, puede discutirse plausiblemente la existencia de una complicidad punible. Pero ¿por qué debería depender la punibilidad de si el cómplice ha conocido el plan delictivo a través del propio autor o a través de un tercero o espiando al autor? Aun cuando el autor no sabe que ha sido descubierto, ello no cambia nada que, bajo un juicio objetivo, aquel que proporciona un instrumento para el robo sabiendo para qué este será utilizado, “se pone de lado del injusto”, y tiene que hacerse imputar el “sentido delictivo de acción” de la conducta del autor. Mediante su acción de promoción ejerce de manera mediata un ataque al bien jurídico. Nada cambia el hecho de que el autor no lo hubiera reconocido como cómplice doloso, puesto que la complicidad no presupone que el autor también se dé cuenta de la ayuda que objetivamente se le está proporcionando.

No obstante, la concepción desarrollada desde diferentes perspectivas por JAKOBS y SCHUMANN contiene la correcta idea fundamental (solo que extendida en su campo de aplicación), de que no basta para la complicidad una promoción causal, sino que tiene que agregarse una “referencia delictiva de sentido” que recién haga de una conducta neutral un ataque al bien jurídico⁽⁴⁷⁾. Si alguien encarga trabajos a un técnico sabiendo (o incluso habiendo sido informado) que comete fraude fiscal, promueve la comisión de un delito e incluso lo posibilita recién con su acción. Pero no comete una complicidad punible, porque el encargar trabajos a un técnico también sigue siendo ilimitadamente razonable para ambas partes y para

(46) AT, cap. 24, n. marg. 17.

(47) Más sobre la problemática general en ROXIN, *LK*, 11a. ed., 1993, cap. 27, n. marg. 16-22.

un juicio objetivo, si el técnico paga correctamente los impuestos⁽⁴⁸⁾. El encargo del trabajo a un técnico no tiene ninguna relación delictiva de sentido; únicamente el técnico y no el cliente ataca al Derecho tributario. Por el contrario, en el caso del destornillador, la entrega de la herramienta servía exclusivamente para un fin delictivo y, por ello, debe ser juzgada como un ataque mediato al bien jurídico.

Por otro lado, la provisión de materiales a un fabricante, quien al fabricar sus productos atenta continuamente contra disposiciones protectoras del ambiente, tampoco es una complicidad punible a los correspondientes delitos en caso que el proveedor había conocido las acciones delictivas de su cliente. Pues la provisión de materiales sigue siendo ilimitadamente razonable aun en caso de un procesamiento respetuoso del ambiente, y por ello, no tiene ninguna “relación delictiva de sentido”. Quien, sin embargo –para traer todavía a colación un ejemplo contrario– como taxista y por el precio usual lleva a los delincuentes lugar de los hechos o los recoge de allí, se hace culpable de una complicidad punible si conoce la finalidad para la que sirven sus viajes⁽⁴⁹⁾. Pues sus viajes no hubieran tenido ningún sentido para los autores, sin los delitos para los que sirven de apoyo, y ellos no se hubieran realizado.

Estos son –en un resumen recortado a manera de un esbozo– los presupuestos de un ataque al bien jurídico como complicidad punible cuando el cooperador sabe que su hacer tiene un influjo promotor de una conducta delictiva. Si él no lo sabe, sino solamente cuenta con ello, o sea, que no actúa con *dolus directus* sino con *dolus eventualis*, entonces rige el principio de confianza, de manera que cualquiera debe en principio confiar en que los demás no cometerán acciones punibles. Luego, quien vende un destornillador o incluso un cuchillo y, sin un saber concreto cuenta con que el comprador de apariencia poco confiable, podría cometer con ellos acciones punibles, no se hace punible por complicidad si esto realmente

(48) Acertadamente en este sentido, MEYER-ARNDT, *Wistra* 1989, p. 281 y ss.; allí también se encuentran más referencias instructivas de la literatura y jurisprudencia.

(49) Así también BGH, s. penal, t. 4, p. 107 y ss.; en favor de la impunidad en ambos casos, JAKOBS, AT, cap. 24, n. marg. 17.

llegare a realizarse. Pues, dado que se puede abusar de casi todos los objetos para cometer delitos, ya no sería posible una vida normal si uno tuviera que contar con ello desde el principio. Aquí recién se presenta un ataque al bien jurídico, punible como complicidad, cuando el cooperador permite que ello suceda pese a una reconocible inclinación hacia el hecho del autor potencial⁽⁵⁰⁾, es decir, cuando, p. ej., aquel cede al pedido y entrega un cuchillo al participante en una pelea sangrienta que tiene lugar precisamente frente a su tienda⁽⁵¹⁾.

Todo esto necesita ser más trabajado en los detalles. Pero en este resumen se puede renunciar a ello, porque también un tratamiento diferente de esta o de aquella constelación de casos no cambiaría en nada al reconocimiento –que es el que aquí importa– de que la complicidad no se agota con la causación de una lesión accesoria del bien jurídico, sino que tienen que adicionarse criterios independientes que hagan aparecer una causación como un ataque al bien jurídico.

III. EL ATAQUE AL BIEN JURÍDICO Y LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

La concepción aquí defendida, según la cual el fundamento penal de la participación puede ser caracterizado como “ataque al bien jurídico mediante causación accesoria”, es una “teoría mixta” que estructura el injusto de la participación a partir de elementos independientes y derivados. En contra de ello podría objetarse que de la ley solamente resulta el principio de accesoriedad, pero no la necesidad de un propio ataque al bien jurídico. Así, p. ej., dice KELLER⁽⁵²⁾ que debería “extraerse de la regulación de la accesoriedad que el ataque del hecho al bien jurídico fundamenta el injusto de la participación, luego éste no presupone que el partícipe emprenda un

(50) Al respecto con más detalle, mis “Observaciones sobre la prohibición de regreso”, LH a Tröndle, 1989, p. 177 y ss. [ver aquí el primer artículo]. Allí se tratan los problemas confrontando las opiniones divergentes y similares, y tomando como ejemplo la imputación culposa; pero para el *dolus eventualis* no rige algo distinto.

(51) Comp. sobre este ejemplo HERZBERG, “Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip”, 1972, p. 315.

(52) Igual que nota 7, p. 172.

propio ataque al bien jurídico”. Se podría decir ampliamente que el criterio del “ataque al bien jurídico propio del partícipe” reuniría soluciones para diferentes problemas que, en tanto fueran reconocidos, también podrían ser sometidos cada uno de ellos a un juicio especial sin referencia a un adicional fundamento penal de la participación.

A esto hay que replicar que en la elaboración de los elementos independientes del injusto de la participación se trata de hacer fructífera para la imputación a la participación, la teoría de la imputación objetiva, que ha sido mayoritariamente desarrollada con el ejemplo del hecho del autor. La condición necesaria (aunque no suficiente) de la imputación a la participación es, efectivamente, la causación accesoria de un hecho del autor (sea de consumado o tentado), típico y antijurídico. En ello, la causación es el criterio general; y su accesoriedad, el criterio de imputación específico de la participación. Pero al igual que para la imputación al autor, para la imputación al partícipe también debe adicionarse a la causalidad (accesoria) su basamento de una creación de peligros legalmente desaprobados. En eso juegan un papel considerable criterios no-accesorios, propios del partícipe:

Allí donde no se protege un bien jurídico frente al partícipe, o sea, donde éste no puede en absoluto atacar el bien jurídico de manera penalmente relevante (II, 1), le será imposible al partícipe la creación o el incremento de un peligro jurídicamente desaprobado para su persona, de manera que se excluye una imputación de participación, pese a que ella se produce para la autoría. Allí donde el partícipe, a diferencia del autor, puede ciertamente atacar el bien jurídico típicamente protegido, pero no quiere hacerlo (II, 2, 3) e incluso frecuentemente toma medidas para que no sea afectado, nuevamente no se creará ni incrementará, o por lo menos no dolosamente, un peligro para el bien jurídico, de manera que por este motivo debe abstenerse de una imputación a la participación (a diferencia de una a la autoría) Finalmente, donde pese a una causación dolosa del resultado típico faltare una incitación dirigida al fin (II, 4) o una relación delictiva de sentido (II, 5), la conducta del cooperador permanecerá en el marco del riesgo legalmente

tolerado y por ello no será imputable a la participación por falta de una creación o incremento del riesgo no permitido⁽⁵³⁾.

Todos los casos nombrados representan, entonces solamente traslaciones de la teoría de la imputación objetiva a la participación. Su resumen dentro de la exigencia del “ataque al bien jurídico” es recomendable porque, según los arts. 26 y 27, solo existe una participación dolosa y la creación dolosa de un peligro no permitido es acertadamente nombrada con la designación de “ataque”. Seguramente también pueden tratarse por separado las constelaciones problemáticas explicadas, tal como mayormente ha sucedido hasta ahora, en tanto se las ha tenido en cuenta. Pero constituye precisamente la tarea de la dogmática sistematizadora su integración resumida en la teoría de la imputación objetiva y su referencia básica al fundamento penal de la participación.

BLOY⁽⁵⁴⁾ ha anunciado tener “ciertas reservas contra la concepción de Roxin... según la cual la participación, como ataque accesorio al bien jurídico, no debiera ser explicable exclusivamente desde el principio de accesoriedad”. Si bien este autor opina: “Ciertamente debe darse la razón a Roxin en la medida en que el concepto por él acuñado del ‘ataque accesorio al bien jurídico’ es de lo más idóneo como cifra para las estructuras preponderantes de imputación que fundamenta la punibilidad del partícipe”. Y BLOY también está de acuerdo conmigo en la diferenciación “entre elementos que el partícipe debe realizar en su propia persona y aquellos que le son imputados con motivo de la relación de la participación y el injusto penal”. Pero él está en contra de un “dualismo de principios”. El autor y el partícipe ejercerían ambos un “ataque al mismo bien jurídico”. “Pero si se trata de un presupuesto de imputación, no puede designarse con ello especialmente el injusto de la participación”.

⁽⁵³⁾ Comp. sobre los últimos grupos de casos especialmente también FRISCH, igual que nota 41, p. 333 y ss., 295 y ss.

⁽⁵⁴⁾ Igual que nota 13, pp. 253 y 252, sobre mis anotaciones acerca del fundamento penal de la participación en la 10ª ed. del Leipziger Kommentar, 1978, com. previo art. 26, n. marg. 1 y ss.

Frente al consenso existente, esto es en el fondo más bien una disputa sobre palabras, pero sirve para aclarar las cosas. Evidentemente también el autor doloso practica un ataque al bien jurídico. Cuando se exige al partícipe un propio ataque al bien jurídico, solamente se afirma que el ataque del autor no siempre es un ataque al bien jurídico del cooperador accesorio. Entonces, la exigencia de un propio ataque al bien jurídico dice solamente que en el injusto de la participación hay elementos accesorios y no accesorios. Pero esto no puede discutirse si se sigue mis resultados.

Con esto habríamos concluido este trabajo realizado con el afectuoso reconocimiento de siempre por el 70mo. cumpleaños de los muy apreciados colegas Walter STREE y Johannes WESSELS, ilos grandes promotores de la dogmática penal!

Dirección de la organización como autoría mediata (*)



I. INTRODUCCIÓN

La autoría mediata a través del empleo de aparatos organizados de poder, que también es denominada resumidamente como “dominio de la organización”, constituye en la actualidad un tema básico en la discusión sobre la teoría penal de la autoría. Esto no solamente rige para la ciencia penal, sino también para la jurisprudencia de los tribunales de las máximas instancias. Es más, la influencia de esta figura jurídica no solamente se limita a la práctica de los tribunales nacionales, sino se extiende cada vez más también a los tribunales internacionales con jurisdicción penal.

En el año 1963 desarrollé por primera vez esta forma de autoría⁽¹⁾. Ella se basa en la tesis de que, en una organización delictiva, los que están detrás de esta y ordenan la comisión de delitos, teniendo un poder au-

(*) Conferencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello de Chile, los días 22 y 23 de setiembre de 2009 en Santiago y Viña del Mar, respectivamente, en el marco del ciclo de conferencias organizado con motivo del otorgamiento del título de doctor honoris causa en dicha universidad.

(1) ROXIN, “Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate”, *Goldammer’s Archiv für Strafrecht (GA)*, 1963, p. 193 y ss. Posteriormente el texto pasó a formar parte, en sus partes esenciales, de mi trabajo de habilitación “Täterschaft und Tatherrschaft”, cap. 24, de la 1^{ra}. ed., en 1963 hasta la 8^{va}. ed. en 2006. Fue publicado también en el *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo LXII (2009), España, pp. 51-65.

tónimo de dar órdenes, también podrían ser hechos responsables como autores mediatos aun cuando los ejecutores directos puedan ser penados igualmente como autores plenamente responsables. En el lenguaje coloquial alemán se designa a estos maquinadores como “autores de escritorio”. Mi idea consistía en volcar este concepto cotidiano en una categoría precisa de la dogmática jurídica. Detrás de estos esfuerzos se encontraba, como motivación directa, el proceso que acababa de culminarse en Jerusalén contra Adolf Eichmann, uno de los principales responsables de la matanza de judíos en la época nazi.

En las décadas siguientes, esta novedosa construcción jurídica se ha impuesto mayoritariamente en la literatura alemana⁽²⁾, y en 1994 ha sido acogida por el Tribunal Federal alemán⁽³⁾. En el fallo pertinente, se condenó, como autores mediatos de homicidios dolosos, a los miembros del llamado “Consejo Nacional de Defensa” del antiguo gobierno de Alemania del Este, porque ellos habían ordenado impedir, en caso necesario mediante disparos mortales, la ejecución de los planes de fuga de aquellos que querían traspasar el muro fronterizo de Alemania Oriental. Los soldados vigilantes de la frontera, los “tiradores del muro”, que habían ejecutado de propia mano los disparos, también fueron condenados por homicidio doloso.

Esta jurisprudencia ha sido continuada en posteriores sentencias y, en Alemania, ha provocado una serie de trabajos científicos que apenas puede abarcarse⁽⁴⁾. Pero también en el ámbito internacional, la figura del dominio de la organización ha tenido gran resonancia. Ella ya había sido invocada en los años ochenta del siglo pasado en el marco de las condenas a los miembros de la Junta Militar argentina⁽⁵⁾. Y la figura también tiene

(2) Cfr. las referencias bibliográficas en ROXIN, “Strafrecht, Allgemeiner Teil”, tomo 2, 2003, cap. 25, n. marg. 108.

(3) Sentencias del Tribunal Federal (alemán) en materia penal (por sus siglas en alemán: BGH), s. penal, tomo 40, p. 218 y ss.

(4) En la 8^{va.} edición alemana de mi libro “Täterschaft und Tatherrschaft“ se encuentra un análisis crítico de esta jurisprudencia, p. 704 y ss.

(5) Cfr. al respecto ROXIN (como en la nota 2), cap. 25, n. marg. 109, con una amplia cita del fallo del Tribunal de apelaciones.

importancia en el moderno Derecho penal internacional⁽⁶⁾. Y es que el art. 25, tercer párrafo, del Estatuto del Tribunal Penal Internacional no solamente reconoce una autoría mediata, sino enfatiza expresamente que esta ocurriría sin importar si también el ejecutor directo resultare penalmente responsable (“regardless of whether that other person is criminally responsible”).

En efecto, el Tribunal Penal Internacional, con sede en La Haya, ha asumido entretanto, en muchas de sus resoluciones, la figura jurídica del dominio de la organización y ha invocado expresamente la construcción jurídica desarrollada por mí. Aquí quiero exponer esto basándome tan solo en la sentencia KATANGA del Tribunal Penal Internacional de 30 de setiembre de 2008. En ella, se dice lo siguiente⁽⁷⁾: “En la doctrina del Derecho se ha desarrollado una concepción que reconoce la posibilidad de hacer responder penalmente a una persona que actuare a través de otro, y ello sin importar si el ejecutor (el que actuare de manera directa) también fuera responsable penalmente. Esta doctrina se basa en los trabajos tempranos de Claus ROXIN⁽⁸⁾. Páginas más adelante esto culmina con una cita textual de mi libro sobre “Autoría y dominio del hecho”⁽⁹⁾, que el Tribunal hace suya. En el dominio de la organización, no faltaría “ni la libertad ni la responsabilidad del ejecutor directo, que ha de responder como autor culpable y de propia mano. Pero estas circunstancias son irrelevantes para el dominio por parte del sujeto de detrás, porque desde su atalaya el agente no se presenta como persona individual libre y responsable, sino como figura anónima y sustituible. El ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo, es al

(6) Cfr. ROXIN (como en la nota 2), cap. 25, n. marg. 112, nota 140.

(7) ICC-01/04-01/07 176/226. El texto citado, al igual que la cita que sigue a continuación, es una traducción del texto original en inglés.

(8) El Tribunal remite aquí a uno de mis primeros artículos sobre el tema, en GA, 1963, pp. 193-207.

(9) Primera a octava ediciones, de 1963 a 2006, p. 245 [n. d. t.: se reproduce aquí el párrafo correspondiente de la versión española en la 7^{ma}. edición del libro, traducido por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid, 2000, p. 273]. En el original de la sentencia, la cita fue hecha en inglés.

mismo tiempo un engranaje –sustituible en cualquier momento– en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto con él, al centro del acontecer.”

En abril de 2009, la Corte Suprema de Perú, apoyándose en mi teoría, ha condenado y penado al ex presidente Fujimori, como autor mediato, por homicidios, lesiones y secuestros que habían cometido las fuerzas de seguridad peruanas durante su período presidencial⁽¹⁰⁾. La Corte Suprema dice: “Fue el jurista Claus Roxin quien a partir de mil novecientos sesenta y tres comenzó a construir las bases teóricas de una nueva forma de autoría mediata a la que denominó autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados”. La Corte asume a continuación todos los presupuestos que yo exijo para el dominio de la organización y considera que ellos se habrían dado en el caso de Fujimori. Más adelante trataré estos presupuestos.

Antes de pasar a explicar con más detalle mi teoría, quisiera tratar aún y demostrar la inoperancia de dos modelos que compiten en la solución del problema y que todavía son defendidos en la literatura. Esto rige tanto para la tesis de la coautoría como para la afirmación de una instigación [o inducción].

II. EL RECHAZO DE LA COAUTORÍA

Aunque renombrados autores⁽¹¹⁾ sostengan la tesis de que el sujeto de atrás no debería ser considerado autor mediato sino coautor, puede verificarse lo siguiente: no se presenta ninguno de los presupuestos necesarios

(10) Parte tercera, capítulo segundo de la sentencia, p. 629 y ss.

(11) Están a favor de la coautoría, BAUMANN/WEBER/MITSCH, “Strafrecht, Allgemeiner Teil”, 11^{ava.} ed., 2003, cap. 29, n. marg. 143; JAKOBS, “Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre”, 2^{da.} ed., 1991, cap. 21, n. marg. 103 y allí en las notas 190, 191; *idem*, Comentarios al fallo del Tribunal Federal alemán de 26-7-1994 (igualmente en BGH, s. penal, tomo 40, p. 218), NSTZ 1995, p. 27; JESCHECK/WEIGEND, “Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil”, 5^{ta.} ed., 1996, p. 670; OTTO, “Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre”, 7^{ma.} ed., 2004, cap. 21, n. marg. 92; *idem*, “Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates”, Jura, 2001, p. 753 y ss.

para admitir una coautoría entre el que da la orden en la central de un aparato de poder y el ejecutor “in situ” (p. ej., en el caso de los asesinatos en los campos de concentración o en los casos de los tiradores del Muro).

No hay una resolución conjunta a cometer el hecho. El cumplimiento de una orden es lo contrario a una resolución conjunta, de común acuerdo entre los coautores. La “identificación en el objetivo común” que invoca OTTO⁽¹²⁾ no es suficiente para ello. Y es que si acaso pudiera siquiera hablarse de ello, frente a una motivación del ejecutor que puede ser totalmente diferente, tal “identificación” puede presentarse por igual en la relación entre el instigador o el cómplice con el autor. Y también el hecho de que, tal como argumentan JESCHECK/WEIGEND⁽¹³⁾, la consciencia de que los hechos “van a ser cometidos siguiendo las instrucciones de la dirección”, solamente puede transmitir la idea de que se tenga que cumplir con una orden y no fundamenta una resolución conjunta.

La coautoría se basa en una “obligación” recíproca y no en una vinculación unilateral solo por parte del que ha recibido la instrucción. No existe una posición de igual rango en la resolución conjunta, lo cual es característico de la coautoría. Esta tiene una estructura “horizontal”. Allí donde se presentare una clara estructura “vertical”, como ocurre en la jerarquía de los aparatos de poder, solamente puede entrar en consideración una autoría mediata. Por lo demás, el hecho de que el que imparte las órdenes y el ejecutor, por regla general ni siquiera se conozcan y tampoco vayan a conocerse, hace que una resolución conjunta resulte una mera ficción.

Pero también falta la ejecución conjunta del hecho. Y es que aquel que imparte la orden, no participa para nada en su ejecución, ni siquiera mediante una contribución al hecho en la etapa de los actos preparatorios. Esto no puede ser suficiente para admitir una comisión conjunta ni siquiera según aquella postura que no limita la coautoría a contribuciones al hecho en la etapa de la ejecución. De otro modo podría afirmarse sin problemas la coautoría del inductor. Como es sabido y admitido, la coautoría consiste en una cooperación con división del trabajo mediante participaciones en el

(12) OTTO, en Jura 2001 (como en la nota 11), p. 759.

(13) JESCHECK/WEIGEND (como en la nota 11), p. 670.

hecho vinculadas entre sí. Y aquí ya no puede hablarse de esto porque el sujeto que tiene la palanca del poder no se ensucia las manos y quiere que otros hagan el “trabajo”⁽¹⁴⁾. En el dominio de la organización, tampoco puede presentarse una vinculación recíproca de cómplices que cooperan con igual rango; algo que es característico de la coautoría.

III. EL RECHAZO DE LA INSTIGACIÓN

Antes que admitir una coautoría parecería más razonable la teoría que admite la instigación, teoría que en los últimos años ha sido nuevamente expuesta por seguidores comprometidos como HERZBERG⁽¹⁵⁾, ROTSCH⁽¹⁶⁾ y ZACZYK⁽¹⁷⁾. Ella por lo menos coincide con el hecho de que el instigador pone en marcha el hecho, motiva al autor inmediato a ejecutar los hechos. Eso también lo dice HERZBERG⁽¹⁸⁾: “Hitler, Himmler y Honecker han motivado, no como autores sino como instigadores, los delitos de homicidio que ordenaron”. No obstante, esta suposición contradice la importancia de las órdenes y de la ejecución conforme a ellas en el marco de aparatos de poder que operan al margen del Derecho.

(14) También se pronuncian decididamente en contra de la coautoría las nuevas monografías de SCHLÖSSER y URBAN. Según SCHLÖSSER (“Soziale Tatherrschaft. Ein Beitrag zur Frage der Täterschaft in organisatorischen Machtapparaten”, Berlin, 2004, p. 363), la presencia de una autoría mediata, que él admite, excluye “la posibilidad de una coautoría entre el sujeto de atrás y el de adelante”. Por su parte, URBAN (“Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft”, Osnabrück, 2004, p. 45) sostiene: “En relación con las situaciones clásicas, en las cuales se manifiesta la soberanía sobre las órdenes de instancias superiores, lo cual es típico de los aparatos organizados de poder, queda excluida la coautoría(...) como solución adecuada”.

(15) HERZBERG, “Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen”, en: AMELUNG (ed.), “Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft”, 2000, p. 33 y ss.

(16) ROTSCH, “Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft”, ZStW 112 (2000) p. 518 y ss.; *idem*, “Neues zur Organisationsherrschaft”, NStZ, 2005, p. 13 y ss.

(17) ZACZYK, “Die Tatherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate“ y el Tribunal Federal Alemán (BGH), en “Festgabe für Claus Roxin zum 75. Geburtstag”, editado por WOLTER/PÖTZ/KÜPER/HETTINGER, como número 5/2006 de la revista Goldammer’s Archiv (GA), p. 414 y ss.

(18) HERZBERG (como en la nota 15), p. 48.

Un instigador no está en el centro de la decisión. Él hace surgir la resolución al hecho, pero tiene que dejar el desarrollo ulterior de los acontecimientos en manos del instigado, quien es el único que tiene el dominio del hecho que determina estos acontecimientos. En el dominio de la organización, se produce exactamente lo contrario: el sujeto de atrás, que tiene en sus manos la palanca del poder, decide sobre el “sí” del hecho, mientras que el ejecutor inmediato mayormente solo por casualidad entra en la situación concreta de la acción. Él no puede cambiar nada esencial del curso de acontecimientos delineado de antemano por el aparato, sino en todo caso modificarlo. Y por regla general tampoco la desobediencia de la orden ayudaría a la víctima, porque las bases organizativas suelen prever que la orden también sea cumplida cuando se presentaren estas situaciones.

Luego, el sujeto de atrás tiene un “poder de hecho” mucho mayor y el “dominio configurador”, tal como había sido reconocido ya por el Tribunal Regional de Jerusalén en el caso “Eichmann”, al indicar que el que da la orden, estando situado en la palanca del poder, tendría la responsabilidad principal por los hechos ocurridos⁽¹⁹⁾: “La medida de la responsabilidad más bien aumenta cuanto más alejado se esté de aquel que con sus manos hace funcionar el arma asesina y más se acerque uno a los puestos superiores de la cadena de mando...”. Se desconoce por completo las relaciones de dominio cuando se tiene al esbirro individual por autor principal y se juzga a los organizadores de crímenes masivos como figuras marginales sin dominio alguno.

Entonces, la instigación y el dominio de la organización son formas delictivas de cualidad totalmente diferente. Hitler y otros dictadores, con ayuda del aparato a su disposición, pudieron desencadenar un potencial destructivo y violador del Derecho que de lejos no puede compararse con el poder que pueda tener un instigador normal y corriente. Si se colocara al mismo nivel el poder de dominio de estos con el de un instigador, se allanarían normativamente y de manera simplista, dife-

(19) Sentencia contra Adolf Eichmann, Strafakt [auto penal] 40/61, traducción no oficial, N° 197 [n. d. t.: se toma la traducción de la cita de CUELLO CONTRERAS/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, “Autoría y dominio del hecho”, 7^{ma} ed., Madrid, 2000, p. 274].

rencias objetivas enormes. Esto lo demuestra incluso el uso idiomático, en el cual se habla, de la manera más normal, de “autor de escritorio” y no de “inductor de escritorio”.

IV. LA FUNDAMENTACIÓN DE LA AUTORÍA MEDIATA EN LOS CASOS DE DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN

Tal como se ha mostrado arriba, la admisión de una autoría mediata, que yo propongo, constituye la teoría dominante en la ciencia y la jurisprudencia de Alemania, así como también en la jurisprudencia de otros países y del Tribunal Penal Internacional. Pero, ¿cómo fundamentar la autoría mediata con suficiente fuerza persuasiva y exactitud? No bastan por sí solas la circunstancia de que tenga de mi parte a la concepción mayoritaria, las consideraciones generales de plausibilidad que he deducido hasta ahora de la importancia de la contribución al hecho, ni tampoco las buenas razones para rechazar la coautoría y la instigación. Y es que aquellos que rechazan una autoría mediata y abogan por la coautoría o la instigación, no lo hacen basándose en la especial fuerza persuasiva de sus propias suposiciones, sino como una especie de recurso de urgencia. Eligen esta salida, porque creen que admitir una autoría mediata atentaría contra un principio irrevocable de la teoría de la autoría.

Este principio se basa en la suposición de que no podría existir un autor mediato detrás de un autor plenamente responsable. Así, cuando el autor directo –por ejemplo, los asesinos en los campos de concentración o los tiradores del Muro o el autor del comando especial de aniquilamiento en el caso peruano– como titular del dominio del hecho fuere plenamente responsable por sus acciones y se le responsabilizare como autor, sería inimaginable atribuir simultáneamente el dominio del hecho al sujeto de atrás. En tal medida, un “autor detrás del autor” constituiría una construcción jurídica inejecutable, un “no concepto”, tal como ya WELZEL había dicho anteriormente⁽²⁰⁾, antes de que más tarde cambiara de opinión. Esta es una objeción seductora. Pero se basa en tres errores, que tras ser reconocidos, allanarán el camino para una fundamentación sólida de la autoría mediata.

(20) “Süddeutsche Juristen-Zeitung”, 1947, columna 650.

En primer lugar, el “instrumento” que posibilita al sujeto de atrás el cumplimiento de sus órdenes no es solamente (y ni siquiera lo es en la mayoría de los casos) aquel que ejecuta de propia mano la muerte de la víctima. Más bien el verdadero instrumento es el aparato como tal. Este está conformado por un gran número de personas que se ubican en estructuras previas, operan según la organización con diferentes funciones, y cuya totalidad asegura al sujeto de atrás el dominio sobre el resultado. El ejecutor individual no juega un papel decisivo para el accionar de la organización, porque esta puede disponer de muchos ejecutores obedientes.

En segundo lugar, de esta forma de ver las cosas se deriva que el ejecutor y el sujeto de atrás poseen distintas formas de dominio del hecho que no se excluyen entre sí. Quien de propia mano mata a la víctima, practica lo que yo llamo “dominio de la acción”, es decir, un dominio que se deriva de la ejecución de determinado acto. En cambio, el sujeto de atrás posee el dominio de la organización; es decir, una posibilidad de ejercer influencia que le asegura, a través del aparato de poder del cual dispone, la producción del resultado sin que él tenga que ejecutar de propia mano el hecho. Esta seguridad que se tiene del resultado es la base del dominio del hecho. Este dominio se diferencia del dominio de la acción que tiene el ejecutor y puede coexistir con él sin problemas. El hecho de que, en el fondo, la posibilidad de un “autor detrás del autor” sea un sobreentendido, puede verse en un caso tan difundido como el de las coacciones en un estado de necesidad. Cuando alguien, mediante una amenaza contra su vida, es obligado a cometer un delito, el ejecutor ha tenido evidentemente el dominio sobre el hecho que él ha realizado de manera directa. Y aunque sea exculpado debido a su situación de necesidad, esto no cambia para nada la existencia del dominio del hecho que él ha tenido, puesto que este dominio es una forma de manifestación del injusto típico. Pero igualmente el sujeto de atrás ha tenido el dominio del hecho y es autor mediato debido a las coacciones. Luego, constituye un hecho innegable que las distintas formas de autoría pueden presentarse escalonadamente una detrás de la otra.

En tercer lugar, a partir de las circunstancias antes mencionadas puede obtenerse un conocimiento fundamental que hace plausible la autoría mediata en el caso que nos ocupa. En primer lugar, no se debe deducir la

autoría y el dominio del hecho a partir de algún déficit del “instrumento”, tal como se presenta, sin embargo, en el dominio de la coacción y del error, sino tiene que fundamentarse, de manera positiva, desde la posición del autor tomando en cuenta la totalidad de los hechos. Esto quiere decir, en el caso concreto de la dirección de la organización: el dominio del hecho del sujeto de atrás se basa en que este, a través del aparato a su disposición, puede hacer que se produzca el resultado con mayor seguridad que incluso en los casos de dominio de la coacción y del error, casos que son reconocidos casi de manera unánime como de autoría mediata. Esto ya lo ha notado el Tribunal Federal Alemán cuando, refiriéndose al dominio de la organización, dice⁽²¹⁾: “... al emplear instrumentos sometidos a error o inimputables, son frecuentes los casos en los cuales el autor mediato tiene mucho menos en sus manos la producción del resultado que en los casos del tipo descrito”.

V. LOS PRESUPUESTOS DEL DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN

Por lo tanto, si se reconoce al dominio de la organización como una forma autónoma de autoría mediata, queda pendiente la cuestión relacionada con los presupuestos en los cuales se basa este dominio. Esto plantea una serie de cuestiones polémicas. Hasta donde puedo entender, en el momento actual, el dominio del hecho de los sujetos de atrás puede basarse en cuatro factores.

1. Poder de mando

Solo puede ser autor mediato quien, dentro de una organización dirigida rigurosamente tiene poder de impartir órdenes, y utiliza este poder para la realización del tipo. Entonces, el comandante de un campo de concentración nazi era autor mediato de los asesinatos que él ordenó, aun cuando él mismo había actuado por órdenes de jerarquías superiores. Es por eso que, en los diferentes niveles de la jerarquía de mandos, pueden haber muchos autores mediatos, uno detrás del otro. Por el contrario, el

(21) BGH, s. penal, t. 40, p. 236 y ss.

personal de servicio en tal campo de concentración solamente puede ser penado por complicidad cuando, si bien ellos promovieron los delitos conscientemente a través de alguna acción, no habían ordenado por sí mismos la comisión de homicidios ni tampoco participaron en su ejecución.

2. El apartamiento del Derecho del aparato de poder

Desde el principio he sostenido que el aparato de poder debe presentar un "apartamiento del Derecho" como presupuesto indispensable del dominio de la organización. Este requisito es discutido incluso entre los seguidores de mi teoría⁽¹⁾. No obstante, yo opino que se puede y debe mantener esta exigencia después de eliminar los puntos críticos planteados por sus oponentes; para ello haremos las dos aclaraciones siguientes.

En primer lugar, el aparato de poder no tiene que haberse separado del Derecho por completo, sino solamente en el marco de los tipos penales que él realiza. Las medidas de la República Democrática Alemana (RDA) e incluso las del Estado nacionalsocialista, en muchos ámbitos se movieron dentro del Derecho vigente, pero los ámbitos de actividad de "impedir la fuga de la república mediante disparos" o, para mencionar tan solo el caso más terrible, "la solución final de la cuestión judía", caracterizan actividades totalmente apartadas del Derecho. Y, en segundo lugar, para el apartamiento del Derecho no importa el punto de vista del anterior sistema, sino la actual evaluación jurídica. Entonces, los homicidios del Muro eran acciones al margen del Derecho, aun cuando la dirección estatal de la RDA hubiera tenido otra opinión al respecto. Por supuesto que los asesinatos en masa del régimen nazi también hubieran constituido hechos apartados del Derecho si la dirección estatal de entonces no los hubiera ordenado secretamente o lo hubiera hecho "legalmente".

(1) Se manifiesta en contra de este criterio sobre todo AMBOS, "Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate", GA, 1998, p. 226 y ss. (241 y ss.). Cfr. al respecto la discusión que sostuviera con AMBOS en "Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität", en "Festschrift für Gerald Grünwald", 1999, p. 556 y ss.

Pero sobre la base de ambas aclaraciones resulta evidente que el apartamiento del Derecho del aparato organizado de poder es un presupuesto necesario para el dominio del hecho de los sujetos de atrás. Si, p. ej., hubiera estado prohibido, de manera general, matar a los fugitivos del Muro y el resultado solamente hubiera sido consecuencia de órdenes dadas por funcionarios que actuaron por su propia cuenta, tales sucesos hubieran constituido acciones aisladas que tendrían que ser tratadas siguiendo las reglas de la instigación y de la autoría. El soldado fronterizo hubiera podido negarse a obedecer en cualquier momento respaldándose en la legislación de la RDA y en la práctica correspondiente a ella. Lo mismo rige para las acciones de aniquilamiento masivo de los nazis, que no hubieran podido ocurrir jamás si solamente se hubiera tratado de exabruptos de algunos sujetos y no de un aparato de gran magnitud que sistemáticamente, y empleando todas sus partes, había buscado realizar este objetivo. Luego, el sistema (o el subsistema de un Estado), como un todo, tiene que trabajar delictivamente (“al margen del Derecho”) para que las órdenes de los sujetos de atrás puedan tener la seguridad de alcanzar éxito; esto es lo que fundamenta la autoría mediata.

3. La fungibilidad de los ejecutores directos

Para mí también ha constituido siempre un elemento esencial del dominio de la organización la “fungibilidad”, o sea, la sustituibilidad de aquellos que, en el actuar delictivo de los aparatos organizados de poder, emprenden el último acto parcial que completa el tipo. La ejecución de órdenes de un sujeto de atrás –según mi tesis– se ve asegurada en gran medida precisamente por el hecho de que están a disposición muchos ejecutores potenciales, de manera que la negativa o cualquier otra indisposición de un individuo no pueda impedir la realización del tipo. Por cierto que esto es discutido, para lo cual se argumenta de distinta manera.

RENZIKOWSKI⁽²⁾ admite, sin más, la “posibilidad garantizada” de que se produzca el resultado gracias a la intercambiabilidad del actor directo. Pero sostiene en contra que las “acciones hipotéticas de terceros”, o sea, la

(2) RENZIKOWSKI, “Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung”, 1997, p. 89.

posibilidad de hacer intervenir a otros ejecutores, no podría fundamentar el dominio del que realmente actuó. Este argumento resultaría acertado si se considerara como instrumento solamente al ejecutor en la situación concreta. Pero ya he expuesto que tal perspectiva individualista que reduce los acontecimientos a una relación entre dos personas no hace justicia a la naturaleza del dominio de la organización. El instrumento es la organización, y para su intervención exitosa la existencia de muchos ejecutores posibles no es una mera hipótesis, sino una realidad que garantiza el resultado.

SCHROEDER⁽³⁾ ha aportado la objeción de que en caso de necesitarse a especialistas para ejecutar los hechos, estos no podrían ser intercambiables, pero aun así los sujetos de atrás tendrían que ser de todos modos autores mediatos. Pero con ello se abandona el ámbito del dominio de la organización, el cual ha sido elaborado a la medida del “automatismo” descrito y, por regla general, también para una serie de delitos que acontecen siguiendo el mismo esquema. Cuando un servicio secreto tiene que captar a un especialista que es el único capaz de realizar determinado delito, la forma específica de actuar de la organización no puede desarrollarse ya desde el principio. Incluso un autor individual podría contratar a tal sujeto. Luego, en tanto no se hubiera ejercido una presión coercitiva relevante, según el art. 35 del Código Penal alemán, solamente se presentará una instigación.

Pero con ello solamente se ha demostrado que no todos los delitos provocados por una organización criminal fundamentarán *ipso facto* una autoría mediata. Esto yo tampoco lo he afirmado alguna vez. Para tomar un ejemplo cercano a la realidad, cuando una organización criminal sobre una base comercial y sin ninguna coacción, solicita pasaportes falsificados a un taller especializado en ello, aunque no perteneciente a la organización, esto no constituye una autoría mediata sino solamente una inducción a la falsificación de documentos. Mas con ello no se ve relativizada, sino realzada la importancia de la fungibilidad del ejecutor para la autoría mediata en el marco de los aparatos organizados de poder.

(3) Fr.-Chr. SCHROEDER, “Der Täter hinter dem Täter, Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft”, 1965, p. 168.

Finalmente se hace valer en contra del criterio de la fungibilidad el hecho de que el ejecutor directo podría dejar a salvo a la víctima y permitir que se escape, de manera que él tendría el único dominio sobre la producción del resultado y no podría hablarse de fungibilidad⁽⁴⁾. Pero en los asesinatos masivos en los campos de concentración, que es el caso que tuve en mente, en primer lugar, cuando desarrollé la teoría del dominio de la organización, el cómplice individual apenas hubiera podido impedir la muerte de las víctimas a través de su negativa o inactividad. En el caso de los tiradores del Muro, que HERZBERG también invoca como ejemplo, a primera vista parece ocurrir algo distinto⁽⁵⁾. ¿Acaso el soldado fronterizo no hubiera podido simplemente errar deliberadamente el blanco o mirar a otro lado? Pero en tales casos los hechos no ocurren por regla general así. Y es que cuando un régimen adopta previsiones organizativas para impedir la “fuga de la república” en caso necesario disparando a matar, esto no puede ocurrir de tal manera que se permita dejar pasar sin trabas y sin que nadie lo note a los fugitivos. No se trataría de una organización funcional. Más bien tiene que crearse un sistema de vigilancia mutua de los puestos, tal como también se produjo en la República Democrática Alemana. Entonces, puesto que el matar a tiros dependía de “algunos pocos soldados”, cuando gracias a la inactividad saboteadora de los soldados fronterizos tenía éxito una fuga (habría que aclarar si tal caso se presentó alguna vez), esto era, desde la perspectiva de los detentadores del poder, un fallo de la organización, una “avería”.

Pero este no-funcionamiento es mucho más raro en una organización criminal que en la intervención de un instrumento no culpable o uno sometido a error, casos en los cuales, a nadie se le ocurre poner en duda la autoría mediata solo por el hecho de que el intento podría fracasar en casos aislados. Pese a todo, al comparar los casos de asesinatos masivos nazis y los de los tiradores del Muro, se nota que la fungibilidad puede tener una medida variada según la organización delictiva, de manera que

(4) HERZBERG (como en la 15), p. 37 y ss.

(5) LANGNEFF, “Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen beim vollverantwortlich handelndem Werkzeug”, 2002, p. 151 y ss., quien admite el criterio de la fungibilidad, pero que rechaza también aquí una autoría mediata.

resulta aconsejable no apoyar la autoría mediata exclusivamente en este criterio y en los demás presupuestos ya mencionados.

4. La esencialmente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor

Es por eso que, en los últimos años⁽⁶⁾, a los tres presupuestos ya mencionados del dominio de la organización he añadido una cuarta exigencia, siguiendo en ello parcialmente a SCHROEDER⁽⁷⁾, Manfred HEINRICH⁽⁸⁾ y los trabajos de SCHLÖSSER y URBAN⁽⁹⁾: la esencialmente elevada “disponibilidad al hecho del ejecutor”.

La Corte Suprema de Perú, en su sentencia contra Fujimori, ha tratado con más detalle este punto de vista al decir⁽¹⁰⁾: “Los tres presupuestos hasta ahora analizados: poder de mando, apartamiento del derecho y fungibilidad, constituyeron por mucho tiempo los tres pilares básicos sobre los cuales ROXIN apoyó su tesis de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados. Sin embargo, como se ha mencionado anteriormente, este autor en sus últimos estudios ha considerado la inclusión e integración de un cuarto presupuesto denominado: disponibilidad considerablemente elevada del ejecutor al hecho”.

La Corte enfatiza que sobre este presupuesto hasta ahora no se habría alcanzado aún consenso, pero lo admite al señalar⁽¹¹⁾ que “el ejecutor que realiza la conducta delictiva desde una estructura de poder jerarquizado de naturaleza u origen estatal, pero apartada del Derecho actúa con una motivación distinta de aquel otro autor que pueda intervenir en la comisión particular de cualquier delito”. Solo que “la fungibilidad y la elevada

(6) Últimamente en el artículo “Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft“, en Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (ZStrR), tomo 125, 2007, p. 1 y ss.

(7) SCHROEDER (como en la nota 24), p. 150.

(8) HEINRICH, “Rechtsgutzugriff und Entscheidungsträgerschaft”, 2002, p. 271 y ss. (273).

(9) Cfr. nota 14.

(10) Como en la nota 10, p. 648 [n. d. t.: en la versión oficial publicada en la página web del Poder Judicial se trata de la página 649].

(11) Como en la nota 10, p. 649 [n. d. t.: página 650 en la versión oficial].

disposición hacia la realización del hecho no deben ser apreciadas como presupuestos excluyentes ni mucho menos incompatibles entre sí⁽¹²⁾.

Yo estoy de acuerdo con esto, pero opino, después de reflexionar una vez más, que si bien es correcto, para fundamentar la autoría mediata en el marco de aparatos organizados de poder, invocar “la considerablemente elevada disposición al hecho del ejecutor”, no obstante esto, no constituye un presupuesto autónomo, sino que se deduce de los otros presupuestos del dominio de la organización.

Fueron muchos y variados los motivos que yo había hecho valer para la disposición esencialmente elevada al hecho del ejecutor en el marco de organizaciones delictivas⁽¹³⁾. En primer lugar, se tiene a la organización jerárquica, la cual ya por sí misma es idónea para provocar tal tendencia de adaptación. Luego está el “poder de mando” de los sujetos de atrás que, si bien no alcanza el grado de una coacción, puede acercarse a ella un buen trecho. Muchas veces el ejecutor dispuesto, en caso de negarse a obedecer, tendrá que temer la pérdida de su puesto, el desprecio de sus colegas u otras desventajas sociales, y con ello, se verá apremiado hacia una mayor disponibilidad al hecho. Adicionalmente, el “apartamiento del Derecho” del aparato puede elevar la disponibilidad al hecho haciendo que el ejecutor ceda ante sus pretensiones de hacer carrera, su necesidad de figurar, su ceguera ideológica o incluso a motivaciones sádicas u otras de carácter criminal, suponiendo que no sería perseguido penalmente. Y finalmente, incluso la fungibilidad de los individuos puede llevar a una disposición al hecho cuando alguien que por sí solo nunca cometería tales hechos, sí lo hace diciéndose a sí mismo: “Si yo no lo hago, otros lo harán de todos modos”.

Entonces, en la “esencialmente elevada disponibilidad al hecho” se trata de un fenómeno que si bien es sostenido por los tres “pilares básicos” del dominio de la organización (poder de mando, apartamiento del derecho, fungibilidad), también refuerza la fundamentación para afirmar

(12) Como en la nota 10, p. 648 [n. d. tr.: no varía en la versión oficial].

(13) Últimamente en ZStrR, tomo 125, 2007, p. 16.

la existencia del dominio del hecho del sujeto de atrás. Y es que el dominio del sujeto de atrás depende de la seguridad con la cual pueda imponerse la orden. Este dominio se ve considerablemente incrementado cuando, debido a las condiciones específicas de la organización, se pueda contar con una elevada disponibilidad al hecho del ejecutor.

VI. PALABRAS FINALES

Con esto he llegado al final de mi exposición, en la cual he tratado de presentar a ustedes la figura jurídica del dominio de la organización que yo he desarrollado. La influencia internacional que esta construcción especial de la autoría mediata ha alcanzado en las últimas décadas se debe a que las democracias reinstauradas, tras la caída de las dictaduras, están tratando cada vez más de superar los crímenes de los regímenes anteriores mediante procesos respetuosos de los principios del Estado de Derecho, con los cuales se haga responder penalmente a los anteriores detentadores del poder. Creo que esto constituye un desarrollo digno de aplauso, porque pone a la vista de los poderosos, de una manera que ojalá sea suficientemente preventiva, los riesgos que involucran el abuso de poder. También Chile ha experimentado diversas dictaduras en las últimas décadas. En este contexto tengo que dejar a juicio de ustedes el que la justicia chilena pueda sacar algún provecho de lo que acabo de exponer.

Agradezco la atención gentilmente dispensada.

¿Qué es la complicidad? (*)



La complicidad es descrita por el legislador alemán en el art. 27 StGB como prestación dolosa de ayuda a un hecho típico, antijurídico y doloso. Luego, su criterio central es designado por el criterio de la “prestación de ayuda”, criterio que no ha tenido mayor explicación. Desarrollamos este elemento entendiendo la complicidad como un incremento del riesgo jurídicamente desaprobado, causal para el resultado típico.

I. LA CAUSALIDAD DE LA COMPLICIDAD

1. Nuestra propia opinión

Toda complicidad –en los delitos de comisión que están aquí en primer plano– tiene que ser causal para el resultado⁽¹⁾. Esta exigencia se deriva de

(*) Artículo publicado en el LH a Koichi MIYAZAWA, Baden-Baden, 1995, p. 501-517. Título original: “Was ist Beihilfe?”.

(1) Así, CLASS, LH a Stock, 1966, p. 115 y ss.; DREHER, *MDR* 1972, p. 553 y ss.; SAMSON, 1972, p. 55 y ss.; el mismo autor, LH a Peters, 1974, p. 121 y ss. Entre los comentarios y manuales: BOCKELMANN/VOLK, AT, 4^{ta}. ed., cap. 25, III, 2, a; DREHER/TRÖNDLE, 46^{ava}. ed., art. 27, n. marg. 2; JESCHECK, AT, 4^{ta}. ed., cap. 64, IV, 2, c; LACKNER, 20a. ed., art. 27, n. marg. 2; MAURACH/GÖSSEL, BT, t. 2, 7^{ma}. ed., cap. 52, n. marg. 18 y ss.; MEZGER, “Strafrecht”, 1949, p. 411; SCHMIDHÄUSER, “Lehrbuch, AT”, 2^{da}. ed., cap. 14, n. marg. 143; el mismo autor, “Studienbuch, AT”, 2^{da}. ed., cap. 10, n. marg. 146; CRAMER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 24^{ava}. ed., art. 27, n. marg. 10; SAMSON en SK, 5^{ta}. ed., art. 27, n. marg. 9 y s.; WELZEL, “Strafrecht”, 11^{ava}. ed., cap. 16, III, 3. También el BGH en lo

que la causalidad es el presupuesto fundamental de imputación para todo delito de comisión consumado (y con ello también para la complicidad). Por cierto que la complicidad no tiene que ser una *conditio sine qua non* para el resultado en el sentido de que este no se hubiera producido sin aquella. La complicidad puede ser una condición indispensable para el resultado: p. ej., si el cómplice proporciona el duplicado de una llave que no se puede obtener de otra manera y sin la cual el ladrón no hubiera podido abrir la caja fuerte. Pero no tiene que serlo: el que sostiene la escalera al ladrón que sube por ella, presta ayuda, aun cuando el autor, sin esta ayuda, hubiera podido sujetar la escalera de otra manera o entrar de todas maneras en la casa. Pues para la causalidad basta –tanto aquí como en general– que la contribución hubiera influido en el resultado en toda su forma concreta, incluyendo todas las partes intermedias que conducen a él. Entonces, es suficiente que sin el cómplice la forma de la acción de subir hubiera ocurrido de manera diferente. Tampoco cambia nada en la causalidad el que, por último, el resultado se hubiera igualmente producido sin la contribución del cómplice, pues el acontecimiento así como en realidad se ha producido ha sido cocausado por la acción de sostener la escalera; el curso causal hipotético que se hubiera producido en lugar del real no tiene importancia para la causalidad.

CLAß⁽²⁾ ha desarrollado la teoría de que para la complicidad sería suficiente una efectividad conjunta, una causalidad de modificación, como la que existe cuando alguien proporciona guantes al ladrón [escalador] para que pueda empujar mejor los cristales de las ventanas. Él habla aquí de una “reducida cuota causal efectiva”, de una “causalidad afluyente o reforzadora”. Esto puede ser formulado así; sin embargo, con ello –a diferencia de lo que opina CLAß– no se expresa ninguna particularidad de la causalidad de la complicidad. Más bien todo esto

Civil (*NJW* 1988, p. 2794) se centra en la causalidad: “Una acción de complicidad es objetivamente realizada por aquel cuya acción se ha vuelto causal para el hecho principal y ha posibilitado la lesión del bien jurídico” (op. cit., p. 2797). No obstante, queda sin respuesta saber si la causalidad deba ser una condición necesaria de la complicidad.

(2) CLASS, LH a Stock, 1966, p. 115 y ss. (las citas en p. 125 y ss.).

rige sin más para la aplicación de la teoría de la equivalencia⁽³⁾. Por cierto que la causalidad de la simple “cooperación” se destaca con más frecuencia en la complicidad que en la autoría, porque ella presupone un autor resuelto a cometer el hecho y con ello necesariamente un factor causal central que irrumpe hacia el resultado.

2. La fórmula jurisprudencial de la promoción

La administración de justicia, por el contrario, desde los comienzos de la jurisprudencia del Tribunal del Reich es de la opinión que la complicidad no tendría que ser causal para el resultado, sino solamente debe haber promovido su ejecución⁽⁴⁾. En la ejecutoria RG, s. penal, t. 58, p. 113 y ss. (114/115) se dice: “El que el resultado del hecho principal hubiera cooperado causalmente, promovido o facilitado (...) no es necesario. El tipo constituido por la complicidad ya prestada no es eliminado por el hecho de que la actividad del cómplice no ha tenido influencia en el resultado que se buscaba con ella y que realmente se hubiera producido (...) la simple intención del cómplice, de apoyar y promover al hecho principal con su ayuda, en todo caso, no es suficiente para admitir una (...) complicidad punible. Tiene que adicionarse el que la acción que realiza el tipo delictivo hubiera sido realmente promovida en algún momento por la actividad del cómplice, antes de que aquélla haya concluido”. De manera similar, el TFA (MDR/D 1972, 16) comprueba, sin reflexionar otra vez sobre el problema, que un apoyo otorgado al autor sería “también una complicidad

(3) También JAKOBS, AT, 2^{da}. ed., cap. 22, n. marg. 35, ve que en tales “construcciones ad-hoc... no se gana nada de claridad”; comp. además SAMSON, 1972, p. 61 y ss., 64 y ss.; BLOY, 1985, p. 277 y ss.

(4) Jurisprudencia del Tribunal del Reich. Ver RG, t. 4, p. 464; t. 9, p. 149; t. 4, p. 95 y ss.; t. 6, p. 169 y ss.; t. 8, pp. 267 y ss.; t. 13, p. 265 y ss.; t. 27, p. 157 y ss.; t. 28, p. 266 y ss.; t. 51, pp. 136, 141; t. 67, pp. 191, 193; t. 71, pp. 176, 178; t. 73, p. 53; t. 75, p. 112 y ss.; BGH, s. penal, t. 8, p. 390; BGH *VRS* 8, 201; 23, 209; BGH *MDR/D* 1967, 173; *MDR* 172, 16; *StV* 1981, 72; *DAR* 1981, 226; OGH, s. penal, t. 1, p. 321, 330; t. 2, p. 23, 44; BayOLG 1959, 132, 138; OLG Hamm HE t. 2, p. 244; OLG Hamburg *JA* 1953, 27; OLG Freiburg *JZ* s. penal 1951, 85. También se encuentra una buena recopilación de la jurisprudencia en SAMSON, 1972, p. 55 y ss. y DREHER, *MDR*, 1972, p. 553 y ss.

típica, si no es causal para el resultado”. Sería suficiente “que la actividad del cómplice facilite o promueva la acción del autor principal”.

Esta jurisprudencia solo ha merecido aplauso por algunos autores⁽⁵⁾ que, sin embargo, no pueden hacer cambiar a la amplia doctrina dominante en su persistencia por exigir la causalidad. En realidad, en esta discusión solo se trata de un problema aparente. Pues si “la acción que realiza el tipo delictivo” tiene que haber sido “realmente promovida”, necesariamente también ha sido causal la prestación de ayuda para el resultado en su forma concreta, incluyendo los eslabones que llevan hacia él; en caso contrario no se puede hablar de una promoción de la acción típica. Ya hace décadas MEZGER⁽⁶⁾ había demostrado que en los hechos decididos por el RG con la fórmula de la promoción se había dado plenamente una causalidad en el sentido de la teoría de la equivalencia: “Puesto que lo que ha influido en la modalidad (la manera en el caso concreto) de la acción, en realidad ha sido causal para el resultado”.

También la jurisprudencia del TFA presenta el mismo cuadro. Cuando, p. ej., se rechaza una promoción porque la información del inculpado a un “comprador simulado” (...) no tuvo ningún influjo en los hechos posteriores” (BGH StV 1981, p. 72), también falta la causalidad⁽⁷⁾. Por otro lado, la fórmula de la promoción es utilizada allí donde existe claramente una causalidad. Así se afirmó con razón una complicidad (BGH DAR 1981, p. 226) cuando la conductora de un auto continuó la marcha (en vez de detenerse) ante el pedido de dos asaltantes que se encontraban dentro del auto y estaban asaltando a una pasajera, a fin de que no se puedan oír los gritos de la víctima y otros no tengan oportunidad de intervenir. El TFA acertadamente ve en el continuar la marcha un

(5) BINDING, 1915, p. 311; von HIPPEL, “Strafrecht”, t. II, p. 462; H. MAYER, “Lehrbuch, AT”, 1953, p. 323; SAUER, “Strafrecht, AT”, 1955, 3^{ra} ed., p. 223; VON WEBER, “Strafrecht”, 2^{da} ed., p. 72; el mismo autor, *JZ* 1951, p. 85; WEGNER, 1926, p. 237. En la literatura actual: BLEI, “Strafrecht, AT”, 18^{ava} ed., cap. 80 II 2 b; WESSELS, “Strafrecht, AT”, 23^{ava} ed. cap. 13 IV 5 a.

(6) MEZGER, “Strafrecht”, 2^{da} ed., 1933, p. 413.

(7) También tratan los casos de ausencia de causalidad, BGH *NSStZ* 1983, p. 462; BGHR, StGB art. 27, primer párrafo, “Hilfeleisten 4”, p. 5; OLG Frankfurt *NJW* 1983, p. 2038 y ss.

“facilitar” la comisión del hecho. Pero este facilitar es claramente causal para el modo de ejecución del resultado; sin esto, posiblemente el hecho ni siquiera hubiera podido ser ejecutado.

Uno podría contentarse con este hallazgo y dejar que rija la fórmula de la promoción como un malentendido inocuo de la teoría de la equivalencia, si es que no portara el peligro de extender, y con ello de exagerar, la punibilidad por complicidad a casos en los que realmente faltara una causalidad modificativa. Pues si bien la promoción de la “acción que realiza el tipo delictivo” (en la que se centra el RG, s. penal, t. 58, p. 114 y s.) por regla general también es una promoción y co-causación del resultado en el cual la acción se refleja, no obstante, no es causal cuando termina antes de la producción del resultado y ya no sigue influyendo. Cuando se afirma una complicidad en tales casos, se convierte interpretativamente la tentativa de complicidad impune o la complicidad en una tentativa, contradiciendo la ley, en la complicidad en un delito consumado. El Tribunal del Reich ha sucumbido muchas veces a este peligro. Así, según el RG, s. penal, t. 58, p. 113, debe penarse por complicidad en un aborto a aquel que proporciona a una embarazada los instrumentos abortivos que esta última acepta con la intención de utilizarlos, pero que al final no lo hace. Esto es erróneo, pues dado que los instrumentos abortivos se quedaron sin influir en el modo concreto de ejecución del resultado, solamente existía una tentativa (impune) de complicidad en un aborto⁽⁸⁾. El RG, s. penal, t. 6, p. 169 y s. admite una complicidad en un hurto consumado en un caso en el que el inculpado había proporcionado al autor una llave, la cual se había roto en la cerradura; después el autor entró a la casa de otra manera. Esto también es incorrecto pues si bien aquí la llave todavía había sido causal para la tentativa, ya no lo había sido para la consumación, de manera que si bien no existía una

(8) De manera igualmente incorrecta, se pena en la sentencia de 07-11-1913 (citada por el RG, s. penal, t. 58, p. 115) como complicidad la entrega de un alicate al ladrón de una casa, pese a que este robo había “sido ejecutado sin emplear el instrumento”. Por el contrario, es correcta la RG, s. penal, t. 38, p. 156, donde se rechaza la complicidad en un caso en el que el ladrón de la casa no había seguido el consejo de usar en un hurto un destornillador para sacar un tocacassettes de su base.

complicidad tentada, tampoco había una complicidad consumada, sino una complicidad en una tentativa de hurto con una llave duplicada.

Entonces, la fórmula de la promoción tiene la gran carencia de que imposibilita una delimitación entre complicidad tentada, complicidad en una tentativa y complicidad en un hecho consumado, y con ello, se difuminan las fronteras de la punibilidad en contra del autor. Solamente recurriendo a la causalidad se puede trazar aquí límites seguros al diferenciar entre la (co-) causación del resultado (complicidad), de la tentativa (complicidad en una tentativa) y de la falta total de causación de la conducta punible (tentativa impune de complicidad). Cuando se dice en el RG, s. penal, t. 27, p. 157 que la complicidad sería “cualquier acción que apunta a promover la ejecución del hecho”, el error se nota claramente ya en la formulación: el “apuntar” a una promoción es a lo máximo una tentativa; pero la ley exige una prestación de ayuda efectivamente realizada. Fuera de los casos del tipo explicado, la fórmula de la promoción de la jurisprudencia ha extendido demasiado la complicidad sobre todo también en la así llamada complicidad psíquica. Esta cuestión será tratada aisladamente más abajo (ver en I.4).

3. La complicidad como delito de peligro

Objeciones similares a las presentadas contra la jurisprudencia deben ser elevadas contra los intentos de la literatura de entender la complicidad como delito de peligro y penar a alguien por el simple hecho de haber causado con su contribución un peligro abstracto o abstracto-concreto contra el bien jurídico protegido por el tipo. Contra estas teorías, que renuncian también a la co-causación del resultado a través del cómplice, hay que hacer valer que, por más que se diferencien en lo particular (al igual que la jurisprudencia) tienden a “penar la tentativa de complicidad como complicidad consumada”⁽⁹⁾. Esto se pone claramente de manifiesto cuando se cambia un poco la formulación de la terminología de puesta en peligro. Y es que una puesta en peligro dolosa, en la cual el dolo no está

⁽⁹⁾ Al respecto, detalladamente, SAMSON, LH a Peters, 1974, p. 132; igual que aquí, JAKOBS, “Strafrecht, AT”, 2^{da}. ed., cap. 22, n. marg. 35; STEIN, 1988, p. 147 y ss.

dirigido a realizar el resultado (en caso contrario se presenta el caso del “agent provocateur” impune) no es nada más que una tentativa. Pero el legislador la ha dejado impune para el caso de complicidad.

HERZBERG⁽¹⁰⁾ es quien plantea las menores exigencias a la complicidad al verla como “delito de peligro abstracto” y no exigir no más “ayuda” que: “El autor [hubiera] recibido asistencia en la ejecución de su hecho, y ello es suficiente”. Por ello, aparentemente, cualquier contribución abstractamente peligrosa equivaldría a una ayuda. No obstante, no queda claro qué presupuestos deba tener tal peligrosidad. Cuando HERZBERG pretende, p. ej., ver como complicidad el alcanzar una bebida al autor incluso cuando esta acción “retrasa y por tanto hace peligrar el resultado de la sustracción”, y cuando juzga como cómplice a aquel que solamente causa que el autor ejecute el hecho con “mejor humor”, entonces no es visible lo que en tales acciones sea siquiera abstractamente peligroso. En todo caso, los límites de la punibilidad se difuminan de una manera incierta, incompatible con el principio de determinación⁽¹¹⁾.

El parecer de VOGLER desborda menos los límites; él contempla la complicidad como delito mixto, de peligro abstracto-concreto⁽¹²⁾. Exige una peligrosidad abstracta, en relación con el resultado, de la conducta del autor, conducta que tendría que ser idónea, de manera general para co-realizar el resultado; además tendría que presentarse una promoción concreta de la conducta del autor. Pero también esto va demasiado lejos, pues la renuncia a la causalidad de la contribución del cómplice incluye también en la complicidad necesariamente casos de complicidad solamente tentada; “idóneas de manera general” para la realización del resultado son también las contribuciones que ya no eran efectivas en el momento de la producción del resultado⁽¹³⁾.

(10) HERZBERG, *GA* 1971, p. 1 y ss. (7, 6).

(11) Una crítica minuciosa a Herzberg en VOGLER, *LH a Heinitz*, 1972, p. 298 y ss.; SAMSON, *LH a Peters*, 1974, p. 126 y ss.; STEIN, 1988, p. 147 y ss.

(12) VOGLER, *LH a Heinitz*, 1972, p. 295 y ss.; siguiéndolo, PREISENDANZ, “Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Beispielen”, 30a. ed., art. 27, nota 3 d.

(13) Crítica detallada a Vogler en SAMSON, *LH a Peters*, 1974, p. 127 y ss.; además JAKOBS, “Strafrecht, AT”, 2d^a ed., cap. 22, n. marg. 35.

4. La complicidad psíquica

La causalidad de la complicidad ha sido demostrada hasta ahora exclusivamente con ejemplos de complicidad física, en los cuales la contribución al hecho por parte del cómplice consistía en la entrega de un arma, un instrumento o en cualquier otra actividad corporal. Junto a estos existen casos de complicidad psíquica, en los cuales el cómplice no contribuye corporalmente sino solo espiritualmente a influir en la psique del autor. Aun cuando se considere posible en lo fundamental una “causalidad psíquica”, la prueba de la causalidad aquí es muy difícil y, por ello, es polémica la punibilidad de la complicidad psíquica, incluso siguiendo la fórmula de la promoción (ver supra en I. 1).

Por cierto que no ofrece problemas el caso de los “consejos técnicos”⁽¹⁴⁾, en los cuales el autor recibe ideas que facilitan el hecho o incluso lo posibilitan. Luego, quien explica al autor cómo se abre “como se debe” una caja fuerte, o quien le comunica cuándo no está en casa el propietario, modifica el modo concreto de la ejecución del hecho y es exactamente igual de causal que un autor que proporciona contribuciones físicas. Dichos casos también son frecuentes en la jurisprudencia: según ella, es complicidad, p. ej., la decisión de un “Tribunal de honor” sobre el tipo de armas para un duelo punible (RG, s. penal, t. 13, p. 264), el impartir consejos sobre la mejor forma de ejecutar un asesinato (RG, s. penal, t. 73, p. 52 y s.) o la explicación dada a un estafador de seguros de “cómo se tendría que incendiar el automóvil” (BGHR StGB art. 27, primer párrafo, “Hilfeleisten [prestación de ayuda 2]”).

Los casos problemáticos son solamente los que consisten en un “refuerzo de la resolución a cometer el hecho”. Mientras que la jurisprudencia, que por cierto se ahorra algunas dificultades de fundamentación renunciando a la exigencia de causalidad, llega a una muy amplia punibilidad (al respecto ver en I.2) y otros autores rechazan del todo esa forma de complicidad psíquica (ver más arriba en este apartado), la solución correcta radica en una línea intermedia que considera funda-

(14) SAMSON en SK, 5^{ta.} ed, art. 27, n. marg. 13.

mentalmente posible una complicidad mediante una simple influencia en la resolución del autor, pero también persiste en la necesidad de que la contribución del cómplice sea causal, llegando con ello a una restricción de la punibilidad en este campo.

Quien proporciona un motivo adicional al autor⁽¹⁵⁾ o disipa las dudas que todavía le quedaban, pese a haber tomado la decisión de cometer el hecho, es causal en lo que se refiere al carácter concreto de la resolución del hecho, y con ello, también en cuanto al resultado. Pues quien ha co-causado la resolución, también contribuye al resultado que provoca la resolución: *Causa causae est causa causati*⁽¹⁶⁾. También algunos de los casos decididos por la jurisprudencia pueden ser ubicados aquí: quien promete a un testigo que callará frente a su declaración falsa en un proceso de divorcio (RG HRR 1938, N° 629), quien adicionalmente da dinero para la ejecución del hecho a una gestante ya decidida a abortar (RG HRR 1939, N° 1275), o quien como amante promete el ulterior matrimonio al hombre decidido a asesinar a su esposa (RG, s. penal, t. 73, p. 52), estabiliza la resolución hacia el hecho; su contribución se expresa en el aseguramiento del resultado. Tampoco puede existir ninguna duda sobre la causalidad allí donde la complicidad psíquica lleva a una mayor intensidad de la afección al bien jurídico: luego, quien alienta exitosamente al autor para que golpee con más fuerza a la víctima, o quien motiva a un soldado ya decidido a prolongar indebidamente sus vacaciones para que incluso tome un tren de regreso que parte más tarde (RG, s. penal, t. 27, p. 157) ha “reforzado” el resultado concreto y, por ello, debe ser penado como cómplice.

Como complicidad psíquica en forma de una estabilización de la resolución hacia el hecho también puede ser comprendida, en la mayoría de los casos, el subgrupo de casos descubierto por Claß⁽¹⁷⁾ de la “prestación anticipada para la frustración de la punición”, en el cual el cómplice presta una contribución para que no se descubra o no se sancione al autor. Quien

(15) Correctamente al respecto RUDOLPHI, StV 1982, p. 520.

(16) En esta línea también STRATENWERTH, “Strafrecht, AT”, 3^{ra} ed., n. marg. 899.

(17) CLASS, LH a Stock, 1966, p. 116 y ss., quien, sin embargo, evalúa que estos casos son plenamente impunes de lege lata.

da al autor un disfraz, una máscara o un “guardapolvo” (RG, s. penal, t. 8, p. 267), a fin de que no sea reconocido por la víctima, o quien le promete una coartada para el caso de una investigación policial (BGH NJW 1951, 451) es por regla general causal del resultado, porque o bien ha apartado las últimas dudas (comp. al respecto el párrafo precedente) o porque, por lo demás, el autor habría ejecutado el hecho bajo otras previsiones y con ello de otra manera.

Por el contrario, no bastará para una complicidad punible el simple solidarizarse con el autor, las muestras de aprobación a su proceder o de simpatía. Pues con ello ni se estabiliza una resolución hacia el hecho (como en la eliminación de dudas) ni se la coloca sobre una base más amplia (como en la aportación de motivos adicionales) ni se la intensifica (como en un aumento de la afección del bien jurídico). El que tales casos no puedan ser penados como complicidad puede ser extraído del art. 140 StGB, pues solamente según esta disposición especial y bajo los muy retringidos presupuestos allí mencionados se conmina penalmente la aprobación de hechos delictuosos.

La jurisprudencia va muy lejos con su admisión de la complicidad psíquica mediante el “refuerzo de la resolución hacia el hecho”. Ello es así, cuando el TFA (en BGH, s. civil, t. 63, p. 124, 130 y s.) juzga las muestras de simpatía a los participantes de una ocupación ilegal de domicilio como complicidad en las lesiones cometidas contra policías por estos; cuando en el BGH VRS 59, 185 se valora las palabras incitadoras a un conductor (“pisa a fondo y persigue”) como complicidad en una intervención peligrosa en el tráfico rodado (art. 315 b), pese a que falta cualquier comprobación de que este llamado hubiera influido en la conducta del autor; o cuando el Tribunal Superior del Land de Stuttgart (OLG en NJW 1950, 118) interpreta la continuación de una relación amorosa con un hombre decidido a matar a su esposa, como complicidad en el asesinato de esta.

No es raro que también se sancione erróneamente como complicidad la simple presencia en el lugar de los hechos, sin que sea visible qué influencia tiene en la resolución hacia el hecho y, con ello, cuál debiera tener mediatamente en la realización típica. Así, el BGH (MDR/D 1967, 173)

ha contemplado la simple compañía en un asalto como apoyo espiritual y ha penado como complicidad, a pesar de que el inculpado incluso había intervenido a favor de la víctima. En una sentencia posterior (BGH MDR/H 1985, 284), se dice que también un “estar presente sin hacer nada en la ejecución del hecho” ya podría ser una complicidad, “si esto diere al autor principal una mayor sensación de seguridad y si ello se presentare como apoyo espiritual”. Aquí falta la indicación necesaria de que esto solamente rige cuando el “estar presente” según el contexto de la situación se deba entender como que el hasta entonces inactivo necesariamente intervendría a favor del autor. Pues entonces la presencia del potencial coautor refuerza la disposición de ataque del actor y reduce las posibilidades de defensa de la víctima. Por el contrario, la sensación tranquilizante para el autor en el sentido de que aquel que está por allí inactivo no entraría en actividad a favor de la víctima no es suficiente para una complicidad. La nueva jurisprudencia se acerca a la posición aquí defendida: BGH GA 1985, 233 y BGHR StGB, art. 27, primer párrafo, “Hilfeleistung 1” [prestación de ayuda 1], señalan acertadamente que la toma de conocimiento de un hecho punible que está teniendo lugar e incluso su aprobación no pueden aún fundamentar la complicidad.

Luego, un acto de estar presente pasivamente no es ninguna complicidad punible incluso cuando el autor se sintiere motivado a continuar sus actividades delictivas por la idea de que el que está presente no lo va a delatar y no se interpondrá en su camino. Pues si bien tal posibilidad puede ser interpretada como un aliento al autor que influye en la modalidad del hecho, su punición como complicidad fracasa por el hecho de que la penalización de la simple omisión presupone una posición de garante (art. 13 StGB); su ausencia no debe ser eludida reinterpretando la omisión como un “apoyo espiritual” y, con ello, como un hecho positivo. Precisamente en este punto sucede algo distinto cuando el que está presente quiere eventualmente intervenir a favor del autor, tal como este lo sabe. Pues en este caso, por regla general, ya es un hacer positivo y punible de complicidad su simple aparición y permanencia en el lugar de los hechos, pero en todo caso también la promesa de intervenir si es necesario –así hubiera sido declarada solo mediante una acción decidida–.

La dificultad de la problemática es mostrada por dos sentencias del TFA, las cuales arriban a soluciones opuestas. En el BGH StV 1982, 516, la inculpada recién había notado en su viaje de regreso de Holanda a Alemania que ambos pasajeros del coche introducían heroína al país. Ella se los había reprochado, pero había callado ante el plan de ambos de tratar de simular una visita en Eupen [ciudad fronteriza] en caso de que en la frontera les hicieran preguntas. La instancia previa había condenado a la inculpada por complicidad, porque su silencio habría generado la expectativa en los autores de no ser denunciados; con ello ella habría reforzado su resolución hacia el hecho. La Segunda Sala del TFA ha rechazado acertadamente una punición, porque este refuerzo consiste en una simple omisión, la cual no es punible sin posición de garante. Por el contrario, la Tercera Sala (BGH StV 1982, 517), en un caso estructuralmente equiparable, ha llegado erróneamente a una punición. El inculpada, en su calidad de abogado, había permanecido sentado, sin actuar, mientras dos de sus colegas del estudio jurídico y otras tres personas practicaban un chantaje. Él no estaba enterado de los pormenores del plan y se había quedado callado al creer que “como novato en el Estudio estaría obligado a respetar y mostrar compañerismo... con sus colegas más experimentados”. El TFA ve en ello una complicidad psíquica de chantaje mediante un hacer positivo, de la cual el inculpada solo se hubiera salvado “alejándose inmediatamente u oponiéndose a las exigencias de los demás participantes”. Pero de todo ello se observa claramente que el verdadero objeto del reproche es una omisión (de retirarse o de protestar), la cual solo puede ser penada si se presentare un deber de evitar el resultado⁽¹⁸⁾; es decir, aquí debe quedar impune.

En caso contrario, se llegaría al resultado insostenible de que en los delitos se tendría que sancionar penalmente por complicidad de manera general a los mirones ociosos e inactivos, porque su inactividad refuerza al autor en su hacer. Los límites trazados por los arts. 138 [omisión de denunciar la comisión o planificación de delitos], 323c [puesta en peligro de edificios] al deber de asistencia de no garantes se verían superados de

(18) Igual que aquí, RUDOLPHI, StV 1982, p. 518; RANFT, JZ 1987, p. 861; con opinión diferente, SIEBER, JZ 1983, p. 431.

manera ilegal. Tampoco se vislumbra cual sería la ayuda para la víctima de un simple alejarse, tal como el TFA considera suficiente para negar la complicidad⁽¹⁹⁾. Pero si ello no le sirve para nada, la presencia de personas inactivas tampoco le perjudica en nada y falta todo motivo para penarlo por complicidad.

Luego, una complicidad punible mediante el “refuerzo de la resolución hacia el hecho” solo entra en consideración bajo límites muy estrictos. Algunos autores, por el contrario, pretenden excluir totalmente dicha posibilidad. SAMSON⁽²⁰⁾ opina que la causalidad de tales influencias internas apenas si se podrían probar alguna vez, de manera que a través de su punición, en realidad, se están comprendiendo casos de tentativa de complicidad, lo cual atenta contra el principio in dubio pro reo. De esto es cierto que la jurisprudencia exageradamente extensiva que se ha expuesto hace patente estos temores. Pero ello no cambia el que en otros casos se pueda probar perfectamente un influjo causal en la resolución hacia el hecho (y con ello, mediatamente, en el hecho); p. ej., al disipar las dudas, al dar otros motivos o al intensificar el hecho dando aliento (comp. en I.2)

HRUSCHKA⁽²¹⁾ rechaza desde el principio una complicidad psíquica a través del refuerzo de la resolución hacia el hecho porque una complicidad siempre sería una influencia en el hecho y no en el autor. La influencia en el autor solamente sería comprendida como inducción; pero esta exigiría una “determinación” hacia el hecho, de manera que el simple “refuerzo” permanecería impune. Sin embargo, esta tesis de que la complicidad solamente podría consistir en una influencia en el hecho, solo ha sido afirmada, pero no probada. Y tampoco es realizable, pues los consejos técnicos e incluso la entrega de instrumentos para el hecho influyen igualmente solo a través de la psique del autor en los acontecimientos; es decir, son en primer lugar influjos en el autor. Naturalmente, estos casos provocan un influjo

(19) Lo cual es inconsecuente desde su punto de vista, pues cuando alguien se aleja, en vez de intervenir en favor de la víctima, ello precisamente puede hacer que al autor continúe con su acción.

(20) SAMSON, en *SK*, 5^{ta} ed., art. 27, n. marg. 15; SAMSON, 1972, p. 189 y ss.

(21) HRUSCHKA, *JA* 1983, p. 177 y ss.

en el hecho de manera mediata. Pero ese influjo también se presenta en el refuerzo punible de la resolución hacia el hecho. La comprensión correcta de que en la jurisprudencia un apoyo espiritual a veces, pese a la falta de un efecto en el acontecer de los hechos, es sancionado penalmente como complicidad, no permite concluir que sea en principio posible un refuerzo de la resolución hacia el hecho que influya en éste.

II. LA COMPLICIDAD COMO INCREMENTO CAUSAL DEL RIESGO

Una co-causalidad en el sentido de un influjo en la modalidad concreta de la realización típica es ciertamente necesaria para la complicidad, pero no es todavía suficiente⁽²²⁾. Quien cambia un arma o cualquier otro instrumento del autor, sin que este se dé cuenta, por un medio del mismo género⁽²³⁾, es causal de la modalidad concreta de cómo se produce el resultado (con ese medio). También constituye causal cuando se entrega un duplicado de la llave a un ladrón, la que no es utilizada por este, quien, desde el principio, tampoco quiere utilizarla, porque sabe que la puerta está abierta. Y es que, después de todo, el llevar consigo un duplicado de la llave modifica la modalidad concreta de la ejecución. No obstante, ya para el instinto lingüístico imparcial resulta claro que tales “contribuciones” no representan la “prestación de ayuda” exigida por la ley, pues no sirven para nada al autor. Por ello, de acuerdo con los principios generales de la imputación objetiva, una contribución causal hacia el hecho solamente puede ser una complicidad cuando hubiera elevado el riesgo para la víctima y con ello la posibilidad de éxito para el autor.

Luego, cuando alguien alcanza al autor una bebida durante la comisión del hecho (comp. en I.3), la cuestión de si esta conducta deba ser penada como complicidad, debe ser tratada haciendo diferencias. Si la bebida sirve para refrescar las fuerzas consumidas del autor, entonces se debe admitir una complicidad punible, pues se ha incrementado con ello la oportunidad de ejecutar el hecho con éxito. Si, por el contrario, los simpatizantes en-

(22) Comp. los ejemplos de la jurisprudencia en SCHAFFSTEIN, LH A Honig, 1970, p. 175.

(23) El ejemplo proviene de SAMSON, LH a Peters, 1974, p. 129.

tregan a los ocupantes ilegales de un domicilio (art. 123 StGB) una copa de champán para festejar su éxito, esto no es complicidad en una violación de domicilio, pues la oportunidad de mantener la ocupación no ha mejorado con ello. Si se da una bebida al asesino que está a punto de matar a la víctima, indicándole que primero tome un buen trago, esto tampoco debe pensarse como complicidad, pues dado que de esta manera se retrasa la ejecución del resultado, empeoran más bien las oportunidades del autor.

El empleo del principio de incremento del riesgo en la complicidad puede reconducirse al fundamento penal de la participación: solamente quien mejora las oportunidades del autor y eleva el riesgo de la víctima, emprende un ataque independiente al bien jurídico tal como es necesario para cualquier participación. En particular, el criterio del incremento causal del riesgo, que fundamenta la complicidad, puede dividirse en cuatro elementos: según esto, presta ayuda en el sentido del art. 27 del StGB aquel que posibilita, facilita, intensifica o asegura el hecho mediante su contribución. El caso más claro de participación es el de la acción de “posibilitar”, tal como se presenta, p. ej., en la entrega de un veneno al autor, que no puede ser detectado en el cuerpo del asesinado y que no puede ser conseguido de otra manera. El caso más frecuente es seguramente el de la acción de “facilitar”: mediante consejos, la entrega de armas e instrumentos, etc. El “intensificar” consiste en reforzar el impulso del autor, p. ej., mediante el consejo de golpear más fuerte, sustraer más, etc. Finalmente, el “asegurar” se expresa en vigilar y asumir otras funciones de protección. Naturalmente, estos son solo conceptos de ayuda por explicar; luego, no toda conducta de complicidad tiene que corresponderse exactamente con alguno de estos cuatro elementos. Lo decisivo es siempre que una contribución hubiera elevado las oportunidades de comisión del hecho, que sea útil al autor en la ejecución de su plan.

Pero el principio del incremento de riesgo solo se ve correctamente empleado cuando, al igual que en general en la imputación objetiva, es adicionado a la causalidad. Por el contrario, SCHAFFSTEIN⁽²⁴⁾ pretende renunciar por completo a la causalidad y solamente centrarse en el incremento de riesgo. La diferencia práctica esencial de su teoría frente a la aquí

(24) SCHAFFSTEIN, LH a Honig, 1970, p. 169 y ss. (resumen, p. 184).

defendida consiste en que él emplea cursos causales hipotéticos para negar un incremento de riesgo, lo cual tiene por resultado que la mayoría de los casos en que se facilitan las cosas al autor quedan impunes. Si alguien porta la escalera para el ladrón al lugar de los hechos, esto es impune, según SCHAFFSTEIN⁽²⁵⁾, si el autor, de cualquier otro modo, “hubiera podido arrastrar y arrastraría la escalera también sin ayuda ajena”; pues entonces el llevar la escalera por otro no habría “elevado las posibilidades de que el hurto tenga éxito”. Igualmente decide que cuando el “cómplice” transporta al ladrón con el auto al lugar de los hechos “no hay complicidad punible, si según las circunstancias concretas del caso... el transporte con el auto no hubiera incrementado el riesgo de la producción del hecho principal, p. ej., porque el autor también hubiera podido recorrer el no muy largo camino al lugar de los hechos a pie o en bicicleta”. No obstante, esto debe ser rechazado, pues recién el sostener la escalera o el transporte con el auto han posibilitado el curso causal. La negación del incremento de riesgo es recién posible mediante la inclusión de cursos causales hipotéticos, al centrarse en lo que hubiera ocurrido si no hubiera sido aportada la contribución causal del cómplice que incrementa el riesgo. Pero esto (al igual que en la autoría) no está permitido en el marco de la imputación y, además, sería insostenible desde una perspectiva político-criminal: llevaría a que aun un apoyo tan masivo quede impune cuando eventualmente (p. ej., en las asociaciones tipo banda) hubiera podido ser prestado por un tercero.

Por otro lado, no cambia nada en la complicidad el que una circunstancia causal, que bajo un juicio objetivo ex-ante eleva las posibilidades del resultado, resultare luego superflua. Esto tiene importancia práctica especialmente para el acto de vigilancia; si dicho aseguramiento no es coautoría (lo que depende de su importancia), sí es punible como complicidad. Pues ello no solamente es causal cuando el autor sin dicha vigilancia no hubiera cometido el hecho o, al darse un retraso, hubiera tenido que cuidarse contra posibles personas que lo hubieran podido descubrir⁽²⁶⁾, sino siempre lo es: un hurto asegurado mediante la vigilancia es otra mo-

(25) SCHAFFSTEIN, LH a Honig, 1970, p. 182.

(26) No obstante, en este sentido, SAMSON, 1972, p. 196.

alidad de ejecución que la comisión de un hurto “no protegido”. Y tal contribución causal también incrementa las posibilidades, porque reduce el riesgo de ser descubierto y de fracasar. La cuestión de lo que hubiera hecho el autor si no hubiera tenido ningún vigilante desemboca nuevamente en la consideración de cursos causales hipotéticos y, por ello, está vedada desde el principio.

Sin embargo, la complicidad presupone que el incremento de las posibilidades perdure hasta el estadio de la consumación. Esto no es el caso cuando la causalidad de una contribución se interrumpe antes (comp. ya antes en I.1). Entonces, si a mitad de camino el ladrón de casas hace regresar al cómplice que está llevando la escalera, porque ha decidido otra forma de penetrar en la casa, solamente existe una tentativa impune de complicidad. Si el ladrón se cae de la escalera al tratar de subir y escoge otro camino para entrar a la casa, entonces esto solamente es una complicidad a una tentativa de hurto, pues la causalidad y el aumento de posibilidades mediante la contribución del cómplice solamente llegan al estadio de la tentativa.

En lo fundamental no se necesita de una relación psíquica entre autor y cómplice. Quien impide al propietario el inminente descubrimiento de un hurto en ejecución o quien sostiene al policía que quiere detener al ladrón flagrante, también comete complicidad, aun cuando el ladrón no hubiera notado el descubrimiento o la detención inminentes ni la intervención de quien lo estaba ayudando (así también en un caso similar, BGH, s. penal, t. 6, p. 248). Pues la contribución del cómplice posibilita el hurto o por lo menos lo facilita; ella significa pues un incremento causal de las posibilidades del autor. No obstante, debe rechazarse una complicidad cuando esta no se manifiesta para nada en acciones externas de ayuda, sino solamente consiste en la decisión de ayudar al autor en caso que fuera necesario. Como ejemplo de clases sirve el caso de un “colega” del carterista que –sin que este lo note– se coloca cerca de él para facilitarle el trabajo, en caso necesario, causando una aglomeración artificial⁽²⁷⁾. No se

⁽²⁷⁾ A favor de una punibilidad por complicidad, MAURACH/GÖSSEL, AT, t. 2, 7a. ed., cap. 52, n. marg. 8; igualmente (siguiendo a MAURACH, “Strafrecht, AT”, 4^{ta} ed., 1971, cap. 52 III A), BAUMANN, JuS 1963, p. 137; SCHAFFSTEIN, LH a Honig, 1970, p. 180.

discute que tal conducta incrementa las oportunidades del carterista. Pero falta una modificación causal del acontecer de los hechos cuando no hay un acuerdo con el autor, ni es reconocible una relación delictiva externa de la conducta. Penar aquí significaría penar no una complicidad, sino una simple disposición de complicidad (o sea que menos que una complicidad tentada⁽²⁸⁾): esto desembocaría en un Derecho penal de la actitud interna. Si se siguiera esto consecuentemente, debería penarse como complicidad consumada la decisión interna de complicidad, de la cual nadie sabe algo; tal suposición se refuta a sí misma.

Soluciones similares como la que aquí se alcanza mediante el criterio del “incremento causal del riesgo” son desarrolladas por SAMSON⁽²⁹⁾ con ayuda de los principios de “intensificación” y de “asunción”, así denominados por él. Según esto, presta complicidad quien co-causa un resultado sea posibilitándolo o intensificándolo (principio de intensificación) o quitándole acciones antijurídicas (principio de asunción) y facilitando con ello el hecho⁽³⁰⁾. Pero se producen desviaciones por el hecho de que la prestación de ayuda a través de un “aseguramiento” solamente está comprendida parcialmente por los principios de SAMSON, lo cual le provoca dificultades cuando se trata de la punición del vigilante (comp. en I.3). También debe rechazarse la tesis de SAMSON de que solamente la asunción de contribuciones antijurídicas representarían una complicidad punible. Según esto debería ser impune quien “se ofrece ante el mensajero, que no sospecha nada, a cargar el paquete con el explosivo durante los últimos metros de la puerta del jardín hasta la puerta principal. Esto también regiría cuando él sabe lo que contiene el paquete”⁽³¹⁾. Sin embargo, no se comprende por qué una causación dolosa de una muerte deba quedar impune solo porque un portador inconsciente habría actuado jurídicamente⁽³²⁾. Si el cómplice,

(28) Acertadamente, DREHER, 1972, p. 257.

(29) SAMSON, 1972, p. 160 y ss.; el mismo autor, LH a Peters, 1974, p. 121 y ss.

(30) También en el SK, 5^{ta} ed., art. 27, n. marg. 10, SAMSON señala esta similitud.

(31) SAMSON, 1972, p. 171.

(32) En este punto, en contra de SAMSON, también VOGLER, LH a Heinitz, 1972, p. 312, nota 91, quien habla de la “debilidad del así llamado principio de asunción”.

como es evidente, declara al mensajero estar dispuesto a entregar el paquete solo porque quiere impedir que este se dé cuenta del contenido dudoso al momento de entregarlo, sería enormemente antiobjetivo renunciar a la punición de aquel que quizá ha posibilitado recientemente el hecho, o en todo caso lo ha facilitado.

III. LA COMPLICIDAD COMO INCREMENTO CAUSAL DEL RIESGO JURÍDICAMENTE DESAPROBADO. ACERCA DE LA PUNIBILIDAD DE LAS "ACCIONES COTIDIANAS"

Pero no en todos los casos un incremento causal doloso del riesgo produce una complicidad punible. Quien, p. ej., provee de material a un fabricante, sabiendo que este lo utiliza atentando contra disposiciones penales protectoras del ambiente, se vuelve causal para dichos delitos y aumenta el riesgo de su comisión. Pues recién la provisión posibilita una elaboración de productos, así como la comisión de delitos ambientales vinculados con ella⁽³³⁾. Lo correspondiente rige cuando alguien comisiona y paga a un trabajador manual, sabiendo que este defrauda al Fisco; recién la acción del cliente hace ejecutable el delito. Si pese a todo se duda en admitir una complicidad punible o se la rechaza, esto se debe, entre otras cosas a que el apoyo consiste en un hecho normal en los negocios y atañe a una "acción cotidiana". Sin embargo, el problema no puede ser solucionado de una forma que excluya, de manera general, a las acciones cotidianas de la punibilidad por complicidad. Así, el prestar un encendedor es seguramente una acción cotidiana neutral de por sí; pero cuando ocurre con la finalidad declarada de incendiar un granero, difícilmente tenderá uno a rechazar una complicidad. Cuando un taxista lleva al autor al lugar de los hechos, estando al tanto del hecho que este planea o ha ejecutado (BGH GA 1981, 133 y s.) o lo recoge de allí con el botín (BGH, s. penal, t. 4, p. 107 y ss.), entonces el transporte con el taxi bajo una retribución económica normal es ciertamente un negocio cotidiano; pese a todo, el TFA ha afirmado una punibilidad en ambos casos (claro que en el segundo fue por favorecimiento, pero esto es irrelevante dentro de este contexto).

(33) Ejemplo de MEYER-ARNDT, *Wistra* 1989, p. 281.

La punibilidad de acciones cotidianas bajo el punto de vista de la complicidad sigue siendo discutida y ha sido poco aclarada⁽³⁴⁾; frecuentemente ni siquiera se la trata en los comentarios y manuales. Se recomienda diferenciar si la contribución delictiva ha ocurrido bajo un conocimiento seguro de los planes delictivos del autor (o sea, con *dolus directus*) o si el tercero no implicado cuenta con aprovechar su servicio para fines delictivos solamente en el sentido de una posibilidad, es decir, que actúa con *dolus eventualis*. En la primera constelación debe afirmarse una complicidad en mucho mayor medida que en la segunda.

1. El aportante conoce la resolución delictiva del autor

En los casos formados por nuestros ejemplos iniciales (en III), solo –pero de ser así siempre– se tendrá que admitir una complicidad punible cuando la contribución tenga una “relación delictiva de sentido”. Esto ocurre cuando la contribución tiene valor para el autor solamente bajo el presupuesto del delito planeado, y el “aportador” también sabe esto⁽³⁵⁾. Esto ocurre en los viajes de taxi ya mencionados. El conductor sabe que estos no tienen sentido para el autor sin la finalidad delictiva. Con ello, su propio hacer se relaciona también exclusivamente con esa finalidad delictiva; se presenta como un “ataque al bien jurídico” y, con ello, como complicidad. Pero ocurre algo diferente con la provisión de materiales al fabricante y con el trabajo encargado al trabajador manual. Estas conductas tienen sentido y utilidad para el fabricante, con total independencia de los delitos ambientales y tributarios. Por ello, ellas no tienen una relación delictiva, sino una “legal” de sentido, porque el tratamiento de los materiales por un fabricante y la ejecución de trabajos por un trabajador manual son actividades totalmente acordes a derecho. Los delitos son cometidos solamente con ocasión de las acciones desencadenadas por la contribución y se sitúan únicamente en la responsabilidad del autor. Las

(34) De la literatura que poco a poco se plantea la cuestión: JAKOBS, *ZStW* 89 (1977), p. 1; el mismo, “Strafrecht, AT”, 2^{da} ed., cap. 24, n. marg. 13 y ss.; SCHUMANN, 1986, p. 54 y ss.; FRISCH, 1988, p. 295 y ss.; ROXIN, LH a Tröndle, 1989, p. 277; MEYER-ARNDT, *Wistra* 1989, p. 281.

(35) Así acertadamente MEYER-ARNDT, *Wistra* 1989, p. 281 y ss.

contribuciones del proveedor y del cliente no se relacionan con ellas, sino con una conducta conforme con el ordenamiento jurídico. Ellas no están desaprobadas jurídicamente, no constituyen un ataque al bien jurídico y por ello quedan impunes.

Por el contrario, una opinión extendida pretende hacer impunes de plano a las “acciones cotidianas”. Así, p. ej., la venta de un destornillador también sería impune cuando el vendedor supiera que el comprador la ha adquirido solamente para cometer un robo con fractura. JAKOBS pretende liberar de pena “los usuales negocios de intercambio de la vida cotidiana”⁽³⁶⁾; pues nadie podría esperar que un robo con fractura “no se produzca a falta de disponibilidad de un destornillador ordinario”⁽³⁷⁾. SCHUMANN⁽³⁸⁾ llega al mismo resultado porque faltaría el presupuesto de la participación postulado por él: el “solidarizarse” con el autor. El vendedor no haría “causa común” con el hecho principal; no se solidarizaría con este hecho cuando prestase su contribución “en el estadio de los actos preparativos todavía conformes con el Derecho”. Por el contrario, sería distinto cuando la compra ocurriera en el estadio de la ejecución; aquí surgiría “la impresión de un solidarizarse” ya sea por la “cercanía al hecho”. Según JAKOBS⁽³⁹⁾, también el panadero es impune “cuando al vender panecillos sabe que el comprador envenenará el producto y lo servirá a sus invitados”.

Esto no puede ser compartido, pues en ambos casos se ha dado la relación delictiva de sentido, ya que los objetos adquiridos por el autor eran útiles para él solamente como medios para la comisión del delito. Si el vendedor sabe esto, su accionar pierde el carácter de un negocio cotidiano “neutral” y se convierte en un ataque al bien jurídico. Pese a la realización de una venta “usual”, difícilmente podrá discutirse una complicidad cuando el comprador precisamente comunica al vendedor que quiere emplear

(36) JAKOBS, “Strafrecht, AT”, 2^{da.} ed., cap. 24, n. marg. 17; FRISCH también propondría lo mismo, v. 1988, p. 295 y ss.

(37) JAKOBS; *ZStW* 89 (1977), p. 20. JAKOBS considera también impunes los viajes en taxi en los dos casos decididos por el BGH (n. marg. 214, 216).

(38) SCHUMANN, 1986, p. 57.

(39) JAKOBS, AT, 2^{da.} ed., cap. 24, n. marg. 17.

los objetos comprados para un robo con fractura o para un asesinato por envenenamiento⁽⁴⁰⁾. ¿Por qué debería ser diferente cuando se han recibido estas informaciones de otra manera (p. ej., oyendo a hurtadillas o a través de un amigo del autor)?

Cuando JAKOBS indica que un robo con fractura no fracasaría por falta de un destornillador, ello no es motivo para la impunidad de la acción de promoción hacia el hecho, efectuada a través de este instrumento. Pues aquí se trae a colación, de manera prohibida, un curso causal hipotético (la posibilidad de procurarse el destornillador de otra manera) para rechazar la complicidad (comp. ya antes al inicio de este acápite). Para una complicidad no es tampoco en absoluto necesario que el hecho no se hubiera producido en caso de faltar la contribución del cómplice (comp. en I). ¿Y por qué, en un asesinato con panecillos envenenados, solo tendría que ser punible el que ha entregado el veneno y no también el que ha entregado los panecillos a sabiendas del fin que se les iba a dar?

El criterio de SCHUMANN de la “cercanía al hecho” tampoco resulta claro. Pues si la entrega pronta o tardía no tiene ningún influjo, no es comprensible por qué el momento de la venta deba decidir sobre la presencia de una complicidad. La “impresión de conmoción jurídica” producida en gran medida por la venta en el estadio de ejecución, que es decisiva para SCHUMANN, no puede ser determinante porque también es punible la complicidad secreta. Si ésta es descubierta, no tiene efectos menos “conmoveros jurídicamente” que una abierta prestación de ayuda.

Pero sobre todo no hay acciones cotidianas *per se*, sino que el carácter de una acción se determina por la finalidad para la que sirve. Así, p. ej., la instrucción en el manejo de un arma de fuego es una acción cotidiana neutral si ocurriese durante la práctica deportiva de un club de tiro; por el contrario constituye una complicidad a un asesinato cuando ayuda al autor a acertar a la víctima. También el cargar una escalera (comp. el ejemplo en II) es en la mayoría de los casos un acontecimiento cotidianamente usual; pero se convierte en una complicidad cuando su único sentido consiste en

(40) A favor de la punibilidad en este caso, expresamente, SCHUMANN, 1986, p. 69.

apoyar a un asaltante de casas. Incluso se podrá decir que la mayoría de las acciones de complicidad “por sí mismas” (es decir, prescindiendo de su finalidad) son acciones neutrales; esto rige aun p. ej. para la entrega de un arma. Por ello el concepto de “acción cotidiana” no es delimitable, no se puede limitar a “los negocios usuales de intercambio de la vida diaria” y es inadecuado para separar la complicidad punible de las acciones permitidas. Recién la falta de una relación de sentido delictiva, tal como ya se ha expuesto (más arriba en este acápite) puede quitarle el carácter de complicidad a una acción que influye incrementando las posibilidades de la comisión de un delito.

La jurisprudencia todavía no ha desarrollado una concepción acabada para los casos tratados, pero su tendencia va en la línea aquí señalada⁽⁴¹⁾. Así, es correcto que el RG, s. penal, t. 39, p. 44, 48 no hubiera visto en la provisión de pan y carne al titular del burdel una complicidad punible en la administración de un burdel. Pues el consumo de pan y carne tiene sentido independientemente de que aquellos que los consumen, favorezcan a un negocio prohibido⁽⁴²⁾. Por ello, p. ej., también es impune el dueño del restaurante que sirve antes del hecho una comida de refuerzo al ladrón de casas sabiendo de sus planes. Con justicia el TFA⁽⁴³⁾ se opone también a la concepción “de que cualquier cooperación en las ventas –p. ej., por parte de un trabajador– conociendo del fraude fiscal que a continuación cometerá el deudor tributario debería valorarse como complicidad en un delito tributario menos grave”. Pues la actividad de un trabajador en una empresa tiene sentido para este, independientemente de los fraudes fiscales. Es exactamente correcto que el TFA afirme una complicidad punible “cuando toda la empresa en la que un colaborador coopera se dirige

(41) MEYER-ARNDT, dan una buena compilación de las sentencias pertinentes; v. *Wistra* 1989, p. 281 y ss.

(42) Es muy dudoso que suceda algo distinto cuando se trate de la provisión de vino, tal como opinaba el RG, argumentando que con ello se habría creado un incentivo adicional para visitar burdeles. Y es que el consumo de vino no es solamente usual en burdeles. En favor de la impunidad de la provisión de vino también SCHUMANN, 1986, p. 62; por el contrario, a favor de la punibilidad, MEYER-ARNDT, *Wistra* 1989, p. 282.

(43) BGHR, StGB, art. 27, primer párrafo, “Hilfeleisten 3”.

exclusivamente a alcanzar una ganancia mediante un fraude fiscal”, pues en esta situación, no tendría sentido una actividad prescindiendo del fraude fiscal pretendido.

El Tribunal Supremo suizo, en una sentencia del 13-10-1993 se ha aunado a la concepción aquí defendida, haciendo referencia al estado más reciente de la discusión⁽⁴⁴⁾. Los inculpados habían enajenado carne de antílope africano bajo el nombre correcto a compradores dudosos, sabiendo que estos venderían la carne como “carne europea de caza” y con ello cometerían una estafa. El Tribunal admitió una complicidad punible porque solo era posible alcanzar una venta con ganancias, tal como lo sabían los proveedores, si se engañase diciendo que se trataría de carne de caza europea. “Los suministros no hubieran tenido sentido sin las acciones punibles; luego debe afirmarse la relación delictiva de sentido”.

2. El aportante solo cuenta con una conducta delictiva del autor

En muchos casos, ocurrirá que el tercero no sabe de la resolución delictiva del autor, sino solamente toma en cuenta la posibilidad de un aprovechamiento delictivo de su contribución. Así sucede, p. ej., cuando en el caso del destornillador (ver en III.1) el vendedor no sabe que el adquirente quiere utilizar el instrumento para robar en domicilios, pero lo considera posible debido a la apariencia sospechosa de este y lo admite. Hay que ponderar si en tales casos se presenta una complicidad con *dolus eventualis*. Ella es en sí posible, pero debe ser rechazada por regla general, siguiendo el principio de confianza. Según ello, todos deben confiar en que los demás no cometerán delitos dolosos en tanto una “inclinación reconocible hacia el hecho” del otro no enerve esta suposición. Eso se considera mayormente solo en la evaluación de la imprudencia, pero también debería regir para la participación dolosa. Pues no se plantea la cuestión del dolo allí donde ya la imputación al tipo objetivo es excluida debido a un riesgo permitido fundado en el principio de confianza. En el ejemplo

(44) Corte de Casación, exp. 6 S. 363/1993/tr, p. 5-7.

debe rechazarse una complicidad, porque no basta una “apariencia sospechosa” basada en impresiones subjetivas para fundamentar una inclinación reconocible hacia el hecho. Para ello se necesitarían concretos puntos de apoyo que evidenciaren la probabilidad de una finalidad de empleo delictivo. Tal caso se daría, p. ej., cuando los participantes en una encarnizada batalla campal compran armas en un negocio situado en un lugar visible. Si aquí el vendedor cuenta con que las armas se utilizarán para cometer lesiones corporales, puede ser hecho responsable como cómplice en dichos hechos con *dolus eventualis*.

Dado que en la mayoría de las “acciones cotidianas”, sobre todo en los negocios de intercambio de la vida diaria, solo raramente se presenta un saber seguro sobre un eventual uso delictivo del objeto entregado, y la admisión de una complicidad cometida con *dolus eventualis* mayormente fracasa por motivos del principio de confianza, las acciones cotidianas frecuentemente no llevan a una punibilidad. Puesto que en los casos de *dolus eventualis* el dolo del tercero no implicado no se extiende a un riesgo no permitido, falta un ataque al bien jurídico. Entonces, los límites de punibilidad desarrollados se basan, también para el segundo grupo de casos, en el fundamento penal de la participación y en principios generales de imputación.

Con ello termino este trabajo que dedico a Koichi MIYAZAWA, mi amigo y amigo de todos los penalistas alemanes, felicitándolo por su 65to. cumpleaños. Koichi MIYAZAWA ha ganado los mayores méritos en el Derecho penal alemán, por su divulgación en el Japón, por su cooperación científica y por la amistad personal entre los penalistas de ambos países. Lo saludo recordando con agradecimiento el Congreso japonés-alemán de Derecho penal en abril 1994 en Tokio y Kyoto. ¡Ad multos annos!

El desarrollo del Derecho penal en el siguiente siglo (*)



I. CIRCUNSTANCIAS QUE DIFICULTAN UN PRONÓSTICO

Un tema que se proyecta tanto hacia el futuro, como el que se me ha puesto sobre el tapete, permite expresiones científicas solamente en una medida limitada. Pues, en primer lugar, la predicción del futuro ya es por sí misma un cálculo con muchas cosas desconocidas, para cuya solución no hay reglas de validez general, tal como el decurso del tiempo una y otra vez demuestra contundentemente: un acontecimiento de tanta trascendencia, como p. ej., la caída del imperio soviético, no fue predicho por nadie, incluso pocos años antes de que se produjera, pese a que uno debería opinar que hubiera tenido que deducirse de los hechos de entonces. Y en segundo lugar, los desarrollos en el campo de las ciencias sociales son todavía mucho más difíciles de pronosticar que los acontecimientos técnicos y de las ciencias naturales. Y es que mientras que el desarrollo de las ciencias naturales ocurre de manera lineal, de forma que un avance se produce sobre la base de otro, el desarrollo social, en el que también el Derecho penal está inmerso, transcurre de manera dialéctica: esto es, las posiciones y las contraposiciones varían. En todo

(*) El artículo se publicó en la recopilación "Aktuelle Probleme des Strafrechts und der Kriminologie", editado por Emil W. Plywaczewski, Bialystok, t. 2, 1998, p. 443-466. Título original en alemán: "Zur Entwicklung des Strafrechts im kommenden Jahrhundert".

momento son posibles los retrocesos. Existe el retorno a la inhumanidad (p. ej., en el Derecho penal de la época nazi o el terror político interno de Stalin). También las viejas posiciones teóricas pueden (como, p. ej., las teorías penales de KANT y HEGEL) experimentar un renacimiento, mientras que los coches postales y la lámpara de petróleo ya no reaparecen más una vez que el progreso técnico ha pasado por ellos. En pocas palabras: el desarrollo en el campo del Derecho penal puede ser profetizado con menor seguridad que el desarrollo de los acontecimientos técnicos y de las ciencias naturales. En tal medida, un Julio Verne del Derecho penal lo tiene más difícil que el verdadero Julio Verne, por más admirables que hubieran sido las cualidades visionarias de este.

II. CIRCUNSTANCIAS QUE FACILITAN UN PRONÓSTICO

Por otro lado, un penalista también tiene más facilidades que un experto en ciencias naturales para un pronóstico futurista. Pues el Derecho penal se desarrolla con más lentitud que las ciencias naturales y la técnica. Hace cien años automóviles y teléfonos estaban todavía en sus inicios y no eran medios de comunicación usuales. No existían aviones, radios, televisión, bombas atómicas, pero tampoco antibióticos ni computadoras. No necesito proseguir esta enumeración, pues cualquier persona mayor puede dar fe personalmente de cuan radicalmente ha cambiado nuestra forma de vida, p. ej., en los campos de la comunicación técnica o de las posibilidades médicas.

Por el contrario, ya hace cien años había pena de libertad y de multa de manera similar a las de hoy en día. Incluso los códigos penales son en parte todavía los mismos de entonces. Sobre el sentido y la finalidad de la pena se sigue discutiendo desde hace 2000 años sin que los puntos de vista se hayan transformado decisivamente. Naturalmente cualquier conocedor del Derecho penal sabe que en este campo se han dado muchas y esenciales modificaciones. Pero las dimensiones de las modificaciones son menores que en los otros ámbitos de la vida. Esto se muestra en que el ciudadano normal, no educado jurídicamente, no va a saber responder mucho cuando se le pregunte por los progresos del Derecho penal en los últimos cien años.

Resulta entonces que el desarrollo del Derecho penal, por un lado, transcurre de manera más confusa y menos lineal que en los ámbitos de vida caracterizados por el conocimiento de las ciencias naturales, pero también se realiza de manera mucho más lenta y trae consigo cambios mucho menos radicales.

Junto a estas dos circunstancias fundamentales, quiero mencionar otras tres premisas en las que se basan mis siguientes explicaciones. En primer lugar, prescindo de la posibilidad de catástrofes globales (p. ej., de tipo atómico o ecológico); solo tiene sentido hablar de un desarrollo del Derecho penal bajo el presupuesto de que está plenamente asegurada la supervivencia de la humanidad como tal. En segundo lugar, me limito en lo esencial al desarrollo del Derecho penal en los países caracterizados o influidos por la cultura occidental: los descubrimientos etnológicos especiales no pueden incluirse en una conferencia. Y en tercer lugar, en contra de la tendencia fundamental actual de carácter crítico-cultural, me declaro a favor de un optimismo moderado sobre el desarrollo. Me siento obligado a hacer esto, pese a que conozco los peligros que el supuesto desarrollo ha traído consigo en amplios ámbitos. Pero en todo caso, si se observa rápidamente la historia de los últimos siglos, no se puede desconocer una tendencia hacia el desarrollo en sentido positivo en el Derecho penal; es decir, una creciente humanización en la tendencia general pese a todos los retrocesos dialécticos. No sería razonable suponer que esta orientación del desarrollo vaya a retroceder con el tiempo.

III. CINCO TESIS

Ya el marco acabado de esbozar permite reconocer que si bien espero del Derecho penal en los próximos cien años muchos cambios, en parte radicales, no espero un cambio revolucionario de perspectivas. Resumo mis reflexiones en cinco tesis: el Derecho penal todavía existirá dentro de cien años (IV); el Derecho penal experimentará una europeización y parcialmente una globalización, pero que probablemente dejará subsistentes los Códigos penales nacionales (V); el número de disposiciones penales y también de los atentados contra ellas seguirá aumentando (VI); sin embargo, las penas serán más leves (VII). Además, las reacciones en contra

de la conducta punible se modificarán ampliamente al retroceder cada vez más la pena privativa de libertad y ser completada o incluso reemplazada por un rico arsenal de consecuencias jurídicas, que si bien presuponen una conducta punible, ya no pueden seguir siendo entendidas como penas en sentido tradicional (VIII).

IV. EL DERECHO PENAL TODAVÍA EXISTIRÁ DENTRO DE CIENTO AÑOS

1. No será posible una supresión del Derecho penal

La idea de suprimir el Derecho penal en el futuro no es absurda. Más bien, desde hace tiempo se defienden exigencias abolicionistas, aunque hasta ahora solo por autores aislados⁽¹⁾. Se puede declarar que la pena es un instrumento inhumano de represión e indicar que no impediría la criminalidad ni su continuo aumento. La sociedad ilustrada del futuro podría encontrar formas de organización que no necesitarían más de la pena ni de sus consecuencias socialmente dañosas.

Se pueden apoyar estas predicciones en distintas posiciones teóricas que aquí no pueden ser expuestas en particular. Solo a manera de ejemplo menciónese que, según la teoría marxista, en una sociedad socialista desarrollada la criminalidad desaparecería⁽²⁾. Pero también otras doctrinas de salvación de corte político o religioso esperan del futuro un “nuevo ser humano” con la esperanza de retornar al paraíso en nuestro mundo terrenal. Independientemente de premisas ideológicas también puede afirmarse que, mediante el control de la natalidad, los mercados unificados y el tratamiento razonable de los recursos de nuestro mundo, podría crearse una sociedad de bienestar general o por lo menos que abarcare gran parte de la tierra, o que hiciere desaparecer las causas de la criminalidad. Las desviaciones sociales que pese a todo pudieren aparecer aisladamente podrían ser con-

(1) Así, ya antes, VARGHA, “Die Abschaffung der Strafknechtschaft. Studien zur Strafrechtsreform”, en dos partes, 1896 y 1897. Más recientes, MATHIESEN, “Die lautlose Disziplinierung”, 1985; FOUCAULT, “Überwachen und Strafen”, 1977.

(2) LEKSCHAS, “Theoretische Grundlagen der sozialistischen Kriminologie”, en BUCHHOLZ (edit.), “Sozialistische Kriminologie”, 2^{da.} ed., 1971, pp. 43-172.

troladas mediante apercibimientos o, en todo caso, mediante un reproche social sin consecuencias jurídicas.

Estos son pronósticos muy bonitos, pero no veo en ellos ninguna posibilidad. Los 3000 años de la historia humana que estamos viendo, ante los cuales los próximos cien años solo implican poco tiempo, tienen que enseñarnos que no es posible renunciar a la protección del individuo y de la sociedad, y que esta protección, en caso necesario, incluso debe ser impuesta por la fuerza. Todos hemos vivido el fracaso del experimento social soviético-ruso. Pero incluso una teoría tan triunfante e imperecedera como la cristiana del sermón de la montaña no ha podido cambiar a las personas. Los cristianos no son en promedio mejores personas que los pertenecientes a otras religiones o que los ateístas y agnósticos. Uno solo puede generalizar tales datos históricos particulares y decir: ninguna sociedad de variedad alguna ha podido renunciar alguna vez al Derecho penal. Antes bien, constituye precisamente el momento central de la formación del Estado, el deseo de asegurar una vida común pacífica entre las personas a través del poder penal estatal. Aún hoy en día, el “llamado a la ley y al orden”, el pensamiento del “law and order” es un ineludible factor socio-sicológico, incluso como factor político. Efectivamente, se muestra que al faltar un poder estatal de ordenamiento –sea en los espacios precivilizados o en caso de caos interno, tiempos de guerra o catástrofes–, los puños más fuertes son los que inmediatamente erigen un dominio de la arbitrariedad, frente al cual es preferible cualquier ordenamiento estatal⁽³⁾.

La suposición correcta es ciertamente que la “conducta desviada”, dentro de la que los sociólogos incluyen sobre todo también a la criminalidad⁽⁴⁾, se ubica dentro de un espectro de formas de acción humana y, por ello, no puede ser extinguida. Las circunstancias sociales determinan más el “cómo” [la forma] que el “sí” [la existencia misma] de la

(3) También KAISER ve este peligro, v. “Kriminologie. Eine Einführung in die Grundlagen”, 8^{va}. ed., 1989, cap. 24,5.5; KAISER, “Kriminologie”, 2^{da}. ed., 1988, cap. 37, n. marg. 102 y ss.

(4) KAISER, “Kriminologie. Eine Einführung in die Grundlagen”, 8^{va}. ed., 1989, cap. 26.1; KAISER, “Kriminologie”, 2^{da}. ed., 1988, cap. 40, n. m. 3; EISENBERG, “Kriminologie”, 3^{ra}. ed., 1990, cap. 5, n. marg. 1 y ss.

criminalidad: cuando clases enteras de la población se mueren de hambre, aparece una gran criminalidad de la pobreza; cuando la mayoría vive en buenas condiciones económicas, se desarrolla una criminalidad del bienestar, etc. Luego, tal como se mostrará a continuación, los cambios sociales de los próximos cien años influirán en las formas de aparición de la criminalidad, pero no cambiarán en nada su existencia y con ello tampoco la necesidad del Derecho penal.

2. Tampoco es de esperar una reducción de la criminalidad mediante controles sociales reforzados

No quiero dejar de mencionar una posibilidad más realista para hacer superfluo al Derecho penal o para, por lo menos, reducir esencialmente la criminalidad: ella no radica en las utopías que apuntan a mejorar las relaciones sociales, sino en las utopías negativas al estilo de la novela *1984* de George Orwell. Un estado totalitario de control podría efectivamente reducir considerablemente la criminalidad. Esto lo muestran las variantes menos crasas y, por ello, más cercanas a la vida que la historia nos presenta. Así, p. ej., en la República Democrática Alemana⁽⁵⁾, la criminalidad era efectivamente menor que en la República Federal Alemana. Pero esto no se debía a las bondades del marxismo, sino al omnipresente espionaje en la RDA. También un país libre y democrático como Japón tiene una criminalidad sensiblemente menor que la de los países industrializados occidentales⁽⁶⁾. Esto es atribuido generalmente a que la estructura social japonesa es mucho menos individualista que la occidental. A través de ello el individuo está sometido a un control social informal mucho más fuerte que le dificulta una conducta desviada. También en Alemania, p. ej., el hecho de que Múnich es la ciudad más segura, es decir, la gran ciudad con menor criminalidad, se atribuye de manera general a que tiene la presencia policial más fuerte y con ello el control social más efectivo⁽⁷⁾.

(5) Comp. sobre esto FREIBURG, "Kriminalität in der DDR", Opladen 1981.

(6) V. EISENBERG, "Kriminologie", 3^{ra}. ed., 1990, cap. 51, n. marg. 4 y cap. 52, n. marg. 01.

(7) Sobre el efecto preventivo de la densidad policial comp. KAISER, "Kriminologie", 9a. ed., 1994, p. 144.

Frente a esto uno debe preguntarse si tales tendencias tienen futuro y si quizás se impondrán en los próximos cien años en forma mucho más masiva. ¿Tiene, entonces, una perspectiva realista la divisa “menos Derecho penal gracias a una vigilancia total”? No solo los críticos de la cultura, sino también muchos penalistas suponen esto y no ven en ello una mejora social, sino una amenaza a la libertad ciudadana que debe ser rechazada.

Efectivamente la intensidad del control social⁽⁸⁾ se incrementará en el futuro con gran probabilidad. Esto no solamente atañe a la intervención policial, sino sobre todo a las posibilidades técnicas de escuchar conversaciones y de emplear métodos computarizados de detección, en continuo perfeccionamiento⁽⁹⁾. Si se pregunta en qué medida las tendencias de vigilancia se impondrán frente a la protección liberal que el Estado de Derecho debe a la esfera privada, se puede predecir globalmente sobre todo en relación con la criminalidad organizada una fuerte penetración del Estado en el ámbito de la personalidad. Pero ello todavía puede ser limitado de manera soportable para el Estado de Derecho a través del recurso a las potestades judiciales de control. La cuestión adicional de si debe esperarse que estos límites sean respetados, podrá ser respondida con una afirmación cautelosa por lo menos para el espacio europeo, aun cuando se tenga que contar con una creciente influencia de las posiciones contrarias. Pues la tradición liberal y jurídico-estatal de nuestro continente tiene una historia demasiado larga para que pueda ser remecida por completo. La unificación europea impedirá además que los Estados vuelvan a caer por separado en estructuras totalitarias de organización. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos podrá además oponerse a las regulaciones interventoras que limiten demasiado la libertad personal⁽¹⁰⁾. Hay que suponer que ello va a seguir existiendo, pues no se puede hacer retroceder la rueda de la historia.

(8) Acerca del concepto, GÖPPINGER, “Kriminologie”, 4^{ta} ed., 1980, 4.3.1.2.

(9) GROPP, “Besondere Ermittlungsmaßnahmen zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität”, ZStW 105 (1993), p. 405 y ss.

(10) WEIGEND, “Strafrecht durch internationale Vereinbarungen - Verlust an nationaler Strafrechtskultur”, ZStW 105 (1993), p. 774,778.

Cuando, según lo dicho, me atrevo a pronosticar que Europa tampoco en los próximos cien años se convertirá en un Estado policial totalitario, al mismo tiempo se desprende de ello la respuesta de que no es de esperar una supresión o minimización de la criminalidad mediante un control completo. Esto es incluso plausible, pues el sacrificio de la libertad ciudadana sería un precio demasiado elevado para una lucha exitosa contra la criminalidad. Una cierta medida de criminalidad –que en algunos Estados actuales es no obstante demasiado elevada– es el fenómeno secundario necesario⁽¹¹⁾ de una sociedad libre y lo seguirá siendo también en el futuro.

V. SOBRE LA EUROPEIZACIÓN Y LA GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL

Entonces, la criminalidad y el Derecho penal permanecerán. Sin embargo, se producirá una europeización⁽¹²⁾ y, hasta cierto grado, una “globalización” del Derecho penal. Con el concepto mencionado al final quiero decir que las tendencias hacia un Derecho penal mundial ganarán fuerza. ¿Qué es lo que esto significa en concreto?

No creo que en las próximas décadas un Código penal europeo reemplace a los ordenamientos jurídico-criminales nacionales. Probablemente ello no sucederá siquiera dentro de cien años, pues si bien la idea de Estado nacional no podrá asentarse en el ámbito militar y económico, sí lo hará con respecto a la organización de la cultura y de la sociedad. Un Estado central europeo con una legislación totalmente unitaria no es un objetivo digno de ser perseguido. Pues el Derecho y precisamente el Derecho penal es un producto del desarrollo cultural de los Estados por separado⁽¹³⁾. La interrupción de este desarrollo y la imposición a los países europeos de una regulación unitaria por la vía administrativa, descuidando sus tradiciones jurídicas, no son realizables ni tampoco serían correctas. Luego, parto de que el Estado europeo federal, que alguna

(11) KAISER, “Kriminologie”, 9^{na.} ed., 1993, p. 248 y ss.

(12) ROXIN, AT, t. 1, 2^{da.} ed., 1994, cap. 4, n. marg. 26 b, c, c. más ref.

(13) WEIGEND, igual que en nota 10, p. 786.

vez será creado, preservará la autonomía cultural y, con ello, también los Códigos penales de cada uno de los países.

Pero una adaptación escalonada de nuestros ordenamientos penales se llevará a cabo por tres vías. En primer lugar, la Unión europea motivará a cada uno de los países, tal como ahora ya lo hace⁽¹⁴⁾, para que, mediante pautas y reglamentos, dé cada vez más regulaciones iguales o similares. Esto es válido sobre todo para el Derecho penal económico⁽¹⁵⁾ y también es indispensable para un ordenamiento económico de crecimiento conjunto.

A continuación, la cooperación científica que existe entre los países individuales en el campo del Derecho penal, llevará a un mayor acercamiento entre los diferentes ordenamientos penales. Pues la reflexión común sobre nuestros problemas conduce, en muchos casos, a soluciones comunes no reglamentadas desde arriba, sino basadas en un consenso internacional y, por ello, más sólidas aún. Y esto rige mucho más allá de Europa. También los países de Centro y Sudamérica⁽¹⁶⁾, y todo el círculo cultural de Asia oriental⁽¹⁷⁾ trabajan en el campo del Derecho penal con las mismas categorías jurídicas. Luego, estará cada vez más cercano un Derecho penal mundial, independientemente de las particularidades nacionales subsistentes.

Finalmente, si bien el acercamiento de las condiciones de vida, que una política común y un mercado común necesariamente traen consigo,

(14) WEIGEND, igual que nota 10, p. 776; JESCHECK en LK, 11a. ed., 1992, introducción, n. marg. 102 y ss.

(15) MÜLLER WAHNITZ, "Wirtschaftskriminalität", 2da. ed., 1993, p. 14 y ss.

(16) Ya el Código Penal Tipo para Iberoamérica de los años 60 se basaba en la estructura neoclásica del delito, comp. BUSTOS RAMÍREZ, "Consideraciones respecto a la estructura del delito en la reforma penal latinoamericana", *Doctrina Penal*, 1979, p. 477; DE RIVACOBBA y RIVACOBBA, "Pensamiento penal y criminológico del Código Penal Tipo para Iberoamérica", *Doctrina Penal*, 1987, p. 713.

(17) En relación con el Japón comp. el t. que recopila el Coloquio germano-japonés en Derecho penal de 1988, "Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland", HIRSCH/WEIGEND (edit.), 1989. A manera, ejemplo, v. JESCHECK, sobre las relaciones entre el Instituto Max-Planck de Derecho penal extranjero e internacional de Freiburg y Asia Oriental, en LH a Zong Uk Tjong, 1985, p. 69.

no conducen a una unificación esquemática, sí tienden hacia una mayor igualdad en la orientación del desarrollo jurídico-penal⁽¹⁸⁾ en cada uno de los países europeos. Mi pronóstico, que al mismo tiempo también se corresponde con mi visión personal del futuro, puede entonces resumirse para el Derecho penal al igual que para el desarrollo cultural europeo con la divisa: ¡no a la sincronización, sí a la unidad dentro de la variedad! Pero ya este programa significa denegar cualquier aislamiento y esperar una cooperación cada vez más estrecha.

VI. SE INCREMENTARÁ EL NÚMERO DE DISPOSICIONES PENALES Y DE LOS ATENTADOS CONTRA ELLAS

Es fácil profetizar un mayor incremento de las disposiciones penales. Ello no solo resulta de las regulaciones que trae consigo la Unión europea, sino sobre todo también de que las estructuras sociales se vuelven cada vez más complicadas. Las sociedades simples pueden arreglárselas con los diez mandamientos o con normas básicas comparables, pero la sociedad moderna de masas solo puede ser dirigida mediante reglamentaciones amplias. Además, los nuevos desarrollos atraen hacia sí inmediatamente una avalancha de nuevas disposiciones jurídicas. Esto no rige solamente para desarrollos políticos como las medidas de boicoteo en el Derecho de comercio exterior, sino también para la creciente puesta en peligro del ambiente o para las tecnologías modernas, tal como lo tenemos nosotros para el procesamiento de datos. Así, p. ej., el Derecho penal informático⁽¹⁹⁾ está en continuo movimiento, porque siempre tiene que adaptarse a las nuevas tecnologías informáticas y a su abuso. Solo raramente el legislador renuncia al intento de asegurar el respeto de las nuevas disposiciones mediante conminaciones penales⁽²⁰⁾.

(18) JESCHECK informa acerca de los caracteres comunes de la reforma penal en Europa; v. introducción al LK, 11a. ed., 1992, n. marg. 130 y ss.

(19) SIEBER, "Informationstechnologie und Strafrechtsreform", 1985, p. 14 y ss., sobre las tendencias de desarrollo de los delitos correspondientes; SCHMITZ, "Computerkriminalität", 1990, p. 15 y ss.

(20) W. HASSEMER, "Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts", ZRP 1992, p. 378.

Ya la serie de nuevas disposiciones penales tiene que impulsar hacia arriba el número de hechos punibles. A ello se agregan las nuevas formas de conducta punible como la criminalidad organizada, la que necesariamente se incrementará con la apertura de las fronteras. Pero también en un delito cotidiano y tradicional como en el hurto, deberá contarse con un aumento de la criminalidad. Esto no solo se debe al fracaso del Derecho penal, sino a cambios sociales, técnicos y económicos previos al Derecho penal. Es claro que la cada vez mayor densidad poblacional coincidente con el anonimato de los individuos mejoran considerablemente las posibilidades de los hurtos en relación con las comunidades pueblerinas de los tiempos pasados fácilmente controlables. Además, si se me permite mencionar dos objetos pasibles de hurto especialmente codiciados: es mucho más fácil hurtar bicicletas y automóviles que coches de correo, muy aparte de que el número de los primeros supera ampliamente al de los coches de correos que existían en el siglo 19. Y si se comparan las tiendas y supermercados hoy en día existentes, pero que aumentan y crecen cada vez más, así como la inagotable variedad de sus ofertas, con las tiendecillas de nuestros bisabuelos, humildemente provistas, se entenderá que hoy en día la tentación de hurtar bienes de primera necesidad es incomparablemente mayor que la de entonces. Luego, es previsible que sigan creciendo los índices de criminalidad que van en aumento desde hace décadas⁽²¹⁾, aun cuando presumiblemente no en la misma medida que en las décadas pasadas, porque ya hoy en día está presente una parte considerable de las circunstancias promotoras de la criminalidad.

VII. PESE A TODO LAS PENAS SERÁN MÁS LEVES

Pese al incremento pronosticado de la criminalidad, las penas serán más leves. Si bien ocasionalmente aún hoy en día se aboga por la pena de muerte⁽²²⁾ e incluso últimamente por la pena de azotes (!)⁽²³⁾, no puedo

(21) KAISER, "Kriminologie", 9a. ed., 1993, p. 472, habla de un incremento delincencial del hurto en un 367% en la RFA entre 1955 y 1990.

(22) Acerca de la voluble opinión pública con respecto a esta cuestión comp. JESCHECK, AT, 4^{ta} ed., cap. 71 12.

(23) NEWMAN, "Just and painful - a case for the corporal punishment for criminals", Londres, 1984.

otorgar posibilidades de largo plazo a tales esfuerzos de hacer girar hacia atrás la rueda de la historia. Si se sigue la historia de la pena de muerte desde la ilustración, ella constituye una historia continua hacia su supresión, aunque ciertamente interrumpida por retrocesos. Pues todos los argumentos razonables⁽²⁴⁾, para cuya enumeración falta aquí el tiempo, hablan en contra de ella; por ello debe contarse con su completa eliminación para los próximos cien años. También un regreso a las penas corporales, suprimidas definitivamente desde hace más de cien años, constituiría un atentado contra la dignidad humana⁽²⁵⁾ y por ello en Europa sería ya jurídicamente irrealizable⁽²⁶⁾.

Pero también las penas practicadas actualmente en Europa de manera general seguirán siendo atenuadas. Esto resulta paradójico solamente a primera vista, porque corresponde al raciocinio del profano reaccionar con penas más fuertes ante la creciente criminalidad. Pero si se ve esto con más exactitud, puede ser fácilmente explicado, pues la privación de libertad que ha dominado en los países europeos desde la eliminación de las penas corporales, ya ha dejado su apogeo detrás de sí y seguirá retrocediendo cada vez más. Ello se debe a dos razones.

Por un lado, es cada vez menos posible reaccionar a la mayoría de delitos con penas privativas de libertad en la medida en que las disposiciones penales aumentan y crecen con ello los hechos punibles. Los establecimientos penales no son ni siquiera cercanamente suficientes para ello, así como tampoco lo son los recursos financieros necesarios para una ejecución penal humanitaria. Por otro lado, tampoco es deseable por política criminal la imposición de penas privativas de libertad

(24) Los argumentos a favor y en contra son expuestos críticamente por MARTIS, "Die Funktionen der Todesstrafe", 1991, p. 148 y ss., 198 y ss., al igual que en WOLF, "Verhütung oder Vergeltung?", 1992, p. 130 y ss.

(25) ZIPPELIUS, en "Bonner Kommentar zum GG" (diciembre 1989), art. 1, n. marg. 58 y ss.

(26) También lo sería por atentar contra el art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos; esto lo ha decidido la Comisión Europea de Derechos Humanos en relación con la pena de azotes en la isla Man, NJW 1978, p. 475.

de manera masiva, pues según el saber criminológico en los delitos pequeños y medianos, que constituyen la mayor cantidad de los delitos, es imposible una (re-) socialización por la vía de la privación de libertad. No se puede aprender bien cómo llevar en libertad una vida fiel a la ley mediante la privación de la libertad: la pérdida del puesto de trabajo y la separación de la familia, vinculadas con la pena privativa de libertad, tienen un efecto desocializador adicional⁽²⁷⁾.

El desarrollo político criminal se seguirá apartando, entonces de la pena privativa de libertad⁽²⁸⁾. En lugar de ella aparece primero la pena de multa; sobre todo en su mayor empleo radica el fundamento de la tendencia atenuadora de la cual he hablado. La práctica dominante actualmente en Alemania puede poner en claro cuán lejos es capaz de llevar la renuncia a la pena privativa de libertad. En el año 1882, el 76,8 % de todas las condenas en Alemania se refería a una privación de libertad efectiva, y el 22,2 % a una multa. Poco menos de 100 años más tarde, en 1990, las privaciones efectivas de libertad solamente alcanzaban a 5,3 %, es decir, solo una quinceava parte aproximadamente. En cambio, se impusieron penas de multa en el 83,3 % de todos los casos⁽²⁹⁾; es decir, estas casi se han cuadruplicado. Si se piensa además que en 1990 fueron archivados alrededor de 494,000 casos por razones de bagatela o bajo el régimen condicional según los arts. 153, 153a del StPO (esto arroja 46,1 % de la cantidad de condenas), se puede reconocer en qué medida drástica está retrocediendo la pena privativa de libertad. En otros países europeos, esta tendencia todavía no es tan marcada⁽³⁰⁾, pero en el futuro se impondrá más o menos en todas partes por los motivos explicados.

(27) KAISER, en KAISER/KERNER/SCHÖCH, "Strafvollzug", 4^{ta}. ed., 1992, cap. 2, n. marg. 97, p. 102 y ss.

(28) SCHÖCH, "Empfehlen sich Änderungen und Ergänzungen bei den strafrechtlichen Sanktionen ohne Freiheitsentzug?", Informe para el 52to. DJT 1992, C 20 y ss.

(29) KAISER, "Kriminologie", 9^{na}. ed., 1993, p. 586.

(30) Comp, sobre la frecuencia de la pena privativa de libertad en el Derecho comparado, SCHNEIDER, "Kriminologie", 3^{ra}. ed., 1987, p. 827; igualmente SCHÖCH, igual que nota 28, C 21.

VIII. LA PENA SERÁ COMPLETADA EN EL FUTURO POR UNA VARIEDAD DE OTRAS REACCIONES A LA CONDUCTA PUNIBLE

Por cierto que la pena de multa, cuya importancia creciente acabo de destacar, no es una panacea⁽³¹⁾. Ella fracasa en aquellos que no tienen dinero o que saben esconder sus medios a la intervención estatal. Ella tampoco podrá ser empleada en épocas de recesión y en países pobres con la misma frecuencia que en las sociedades prósperas de bienestar. Por ello se tendrá que desarrollar en el futuro, con una cierta obligatoriedad, una variopinta serie de sanciones y reacciones que si bien presuponen un actuar punible, solo en parte podrán ser designadas como penas.

1. Nuevas penas

Apenas se añadirán nuevas penas en el auténtico sentido de la palabra, es decir, perjuicios impuestos coercitivamente. Pues las penas superadas de épocas pasadas (tal como las ya mencionadas penas corporales o el destierro) no tienen futuro. Se puede pensar en el arresto domiciliario⁽³²⁾ como nueva pena, atenuada frente a la privación de libertad, cuyo control no será ningún problema gracias a modernos sistemas electrónicos de seguridad⁽³³⁾. Esta sanción tendría la ventaja de no costar nada, de no traer consigo ningún peligro de contaminación criminal y de dar una forma más humana a la privación de libertad que de todas maneras es sentida como grave. También sería una nueva pena efectiva la interdicción de conducir vehículos, si a diferencia de hoy en día, pudiera ser impuesta como pena principal independientemente de que exista un delito de tráfico⁽³⁴⁾. Ante

(31) Sobre la forma de influjo de la pena de multa que todavía es poco conocida, KAISER, "Kriminologie", 2^{da}. ed., 1988, cap. 116, n. marg. 44 y ss.

(32) En los Estados Unidos, esta forma de pena restrictiva de libertad ya viene siendo practicada desde 1983; comp. al respecto, WEIGEND, "Bewährungshilfe", 1989, pp. 289 y 299; BALL/HUFF/LILLY, "House Arrest and Correctional Policy", 1988. Acerca del modelo inglés, VOSGERAU, "Bewährungshilfe", 1990, p. 166; STERN, "Bewährungshilfe", 1990, p. 335.

(33) Sobre las posibilidades técnicas, "Bewährungshilfe", 1989, p. 299, nota 77; DÜNKEL, "Neue Kriminalpolitik", 1988, p. 7.

(34) A favor de la ampliación de una interdicción de conducir también SCHÖCH, igual que nota 28, C 117; DÜNKEL/SPIEB, "Bewährungshilfe", 1992, p. 131 y ss.

la importancia que tiene el automóvil hoy en día para la mayoría de personas y que seguirá teniendo en el futuro, pese a todos los esfuerzos en favor de otras posibilidades de transporte, existiría en ello una limitación de la libertad preventivamente efectiva, pero que para el Estado implicaría costes neutrales y para el autor sería menos perjudicial que la pena privativa de libertad, además de proteger el ambiente.

2. Nuevas medidas de seguridad

Ya actualmente la mayoría de los Estados europeos tienen, junto a las penas las así llamadas medidas de seguridad⁽³⁵⁾. Ellas se diferencian de las penas en que no presuponen ninguna culpabilidad ni tampoco están vinculadas con la medida de la culpabilidad en cuanto a su duración. En cambio, se orientan en la peligrosidad social del autor. Las medidas de seguridad de este tipo existentes hasta ahora son, p. ej., el internamiento en un establecimiento psiquiátrico, que puede ser prescrito en caso de autores inimputables o de imputabilidad considerablemente disminuida; o el internamiento en un establecimiento de desintoxicación en caso de adictos al alcohol y a las drogas⁽³⁶⁾.

Una antigua exigencia reformadora consiste en reemplazar en el futuro todas las penas por medidas de seguridad⁽³⁷⁾. Esto se basa en la idea de que los delincuentes serían enfermos psíquicos o sociales. La divisa de este movimiento es entonces: curar en vez de penar. Cuando uno se pregunta si el futuro del Derecho penal seguirá esta tendencia, la respuesta tiene que hacer distinciones. Es correcto que una parte considerable de los reincidentes, sobre todo los ladrones, estafadores y violadores habituales, son personas con trastornos en su desarrollo psíquico y social. Ellas necesitan una terapia

(35) Un examen comparado se encuentra en JESCHECK (edit.), "Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate", t. 3, 1984, p. 2062 y ss., c. más ref.

(36) Más detalles sobre el Derecho de las medidas de seguridad en ROXIN, AT, t. 1, 2^{da.} ed., 1994, cap. 3, n. marg. 54 y ss.

(37) Comp. así HEINITZ, ZStW 63 (1951), p. 80 y ss.; FREY, SchwZStR 88 (1951), p. 295; DREHER, ZStW 65 (1953), p. 488; SIEVERTS, "Materialien", t. 1, p. 117; Eb. SCHMIDT, "Niederschriften", t. 1, p. 51 y ss.

efectiva de la que todavía no disponemos actualmente en la mayoría de los casos. Pero se puede suponer que dentro de algunas décadas se podrán desarrollar métodos exitosos de terapia social, sobre todo en forma de un tratamiento terapéutico grupal. Los establecimientos experimentales de terapia social que tenemos actualmente en Alemania hacen que esto sea prometedor. En consecuencia, se debe suponer que las medidas terapéuticas del futuro aparecerán en mayor medida junto a la pena, la complementarán y, en parte, la reemplazarán. Actualmente, las medidas orientadas terapéuticamente en Alemania abarcan un 3 % de las sanciones privativas de libertad⁽³⁸⁾; este porcentaje podrá aumentar considerablemente. Sobre todo es de esperar que se disponga de establecimientos de terapia social como nueva medida de seguridad de manera general.

Pero tampoco es de esperar que en el futuro el Derecho penal sea reemplazado por las medidas terapéuticas. Primero uno tiene que ser consciente de que algunas personas con trastornos en su conducta social permanecen siempre inaccesibles a un tratamiento: y esto se debe a que no es posible un tratamiento –en todo caso bajo condiciones dignas para la persona– sin una cooperación voluntaria del delincuente, la cual falta con frecuencia. En caso de una falta de cooperación solo entran en consideración otras sanciones. Pero sobre todo debe tenerse en cuenta que solo una parte de todos los delincuentes –probablemente ni siquiera una parte mayoritaria– necesitaría una terapia, en caso de que esta exista. Los autores de delitos de tráfico, ambientales, económicos o tributarios no son personas menos normales que el promedio de la población, e incluso los partícipes en una criminalidad organizada son frecuentemente astutos empresarios de gran competencia social. Entonces, de ninguna manera puede afirmarse que el delincuente sea generalmente un enfermo psíquico. Por ello, la ampliación de las medidas de seguridad va a limitar y relativizar la importancia de la pena en el futuro. Pero ella no podrá reemplazar las penas ni las demás sanciones⁽³⁹⁾.

(38) KAISER proporciona un panorama detallado respecto a la frecuencia de la imposición de medidas de seguridad, "Kriminologie", 9a. ed., 1993, p. 613.

(39) También con actitud desfavorable en atención al principio de culpabilidad, BT-Drucksache V/4094, 19.

3. Sanciones orientadas en la libre voluntad

Junto a las penas atenuadas y a las medidas que incrementan cada vez más su ámbito de aplicación, en el Derecho penal del futuro también se darán sanciones que no pueden ser designadas propiamente como penas, sino solo como similares a la pena, porque, si bien imponen algo al autor, prescinden del carácter coercitivo de la pena. Nombraré aquí a dos: el trabajo comunitario [prestación de servicios comunitarios] (a) y la reparación civil voluntaria (b). Casi todos los Códigos penales modernos contienen ideas iniciales, pero todavía tienen un gran futuro por delante.

a) El trabajo de servicio a la comunidad

En lo referente al trabajo comunitario, hay que pensar aquí en servicios en hospitales y asilos, pero también en instalaciones estatales de todo tipo⁽⁴⁰⁾. Esto puede ir desde el transporte de expedientes pasando por los trabajos de reparación y limpieza hasta llegar a los servicios de jardinería en establecimientos públicos. En esto apenas si hay límites a la fantasía. El trabajo de servicio a la comunidad puede reemplazar en la mayoría de los casos a la multa, cuando el autor se ofrece voluntariamente para ello. La sanción tiene la ventaja de consistir en un trabajo constructivo, es decir, de comprometer más a la personalidad que la pena privativa de libertad y la multa, las cuales el autor solo tiene que soportar [pasivamente]. Puesto que el trabajo obligatorio debería ser excluido en un Derecho moderno y tampoco sería realizable sin atentar contra la dignidad humana, la libre voluntad que debe promoverse impulsaría al mismo tiempo la disposición a cumplir la tarea asumida y provocaría en el autor la sensación de haber hecho algo socialmente útil. Ambas cosas sirven para la resocialización más que las penas tradicionales.

Actualmente todavía son muy fuertes las reservas⁽⁴¹⁾ frente a esta sanción que teóricamente ya era conocida desde hace tiempo. Se objeta

(40) Comp. el panorama en SCHOCH, igual que nota 28, C 97.

(41) Así la rechazan p. ej. TRÖNDLE en LK, 10a. ed., 1978, art. 43, n. maig. 10; LACKNER, JZ1967, p. 519; Eb. SCHMIDT, NJW 1967, p. 1936; JESCHECK, ZStW 80 (1968), p. 69 y ss.

que ocasionaría dificultades de organización prácticamente insuperables y que no funcionaría. Tampoco sería deseable tal sanción, porque quitaría puestos de trabajo a la población honesta.

Pero estas objeciones no son sólidas⁽⁴²⁾, pues la posibilidad de organizar el trabajo en favor de la comunidad ha sido probada con amplitud⁽⁴³⁾. Este ya se está prestando en Alemania con el nombre de “servicio civil sustitutorio” desde hace décadas por miles de objetores de conciencia al servicio militar, sin que se hubieran presentado problemas. Entre nosotros también se exige hoy en día, en primer lugar, un trabajo social a los jóvenes que se han hecho merecedores de pena; y también en este grupo humano de difícil tratamiento funciona el sistema. El temor de que la actividad en favor de la comunidad podría aumentar el desempleo tampoco se ajusta a la realidad. Pues el trabajo en favor de la comunidad es prestado precisamente en épocas de vacaciones y en los fines de semana, cuando otras personas se dedican al pasatiempo, y por ello, domina una notoria falta de fuerza laboral. Además, son precisamente las actividades mal pagadas y, por ello, insuficientemente cubiertas las que forman parte del ámbito total de servicios sociales menos calificados en los cuales preponderantemente se presta el trabajo.

Si se medita sobre todo esto, puede esperarse que en algunas décadas el trabajo en favor de la comunidad, como consecuencia de una conducta punible, no será más raro que una pena o una medida de seguridad.

b) La reparación civil voluntaria

Como segunda sanción orientada en la libre voluntad le profetizo a la reparación civil un gran futuro también en el Derecho penal⁽⁴⁴⁾.

(42) Comp. al respecto ya antes ROXIN, JA 1980, p. 545 y ss., 550; en favor de la prestación de servicios a la comunidad también BAUMANN, LH a Schaffstein, 1975, p. 211; ALBRECHT/SCHÄDLER, ZRP 1988, pp. 278 y 283; DÖLLING, ZStW 104 (1992), p. 281 y ss.; JUNG, “Sanktionensystem und Menschenrechte”, 1992, p. 165 y ss.

(43) Comp, solamente SCHALL, NStZ 1985, p. 105 c. más ref.; en lo fundamental a favor también SCHÖCH, igual que nota 28, C 97.

(44) Comp. también sobre la reparación civil como “tercera vía” en el sistema sancionatorio en ROXIN, AT 1, 2^{da} ed., 1994, cap. 3, n. marg. 63 y ss., c. más refs.; el mismo autor, LH a Lerche, 1993, p. 301 y ss.

Con ello no me refiero a dispositivos como aquellos en que el inculpa-
do, según el modelo francés de la *action civile*⁽⁴⁵⁾, o según el inglés de
la *compensation order*⁽⁴⁶⁾ es condenado por el juez en un proceso penal
a una indemnización por daños y perjuicios. Esto significa solamente
un traslado de la demanda civil al proceso penal y no ayuda en nada al
lesionado cuando la pretensión, como en la mayoría de los casos, no es
realizable. Pero también desde el punto de vista de la punición, no aporta
nada el que la pena y la indemnización transcurran una al lado de la otra
en mutua independencia.

La nueva idea, que para mí tiene grandes perspectivas para el Dere-
cho penal que se aproxima, es que una reparación civil prestada volun-
tariamente hasta la apertura del juicio oral debe llevar a una atenuación
obligatoria de la pena; en caso de un pronóstico favorable, a una condena
condicional; e incluso a una exención de la pena en los casos apropiados
de delitos menores (quedando en pie la declaración de culpabilidad). Esta
concepción tiene la ventaja de que ofrece al autor un mayor incentivo para
la reparación civil y a la víctima un resarcimiento veloz y antiburocrático,
que el Estado en muchos casos no podría imponer frente a un deudor
obstinado. Con esta solución, la victimología, la doctrina de la víctima
que en las últimas décadas ha alcanzado una importancia cada vez mayor,
lograría abrirse paso decisivamente en el sentido de una administración
de justicia penal orientada a la víctima.

Pero un Derecho penal de prevención orientado hacia el autor también
recibiría nuevo impulso a través de la inclusión de la reparación civil volun-
taria en la estructura del sistema de sanciones⁽⁴⁷⁾. Pues si el autor, por su
propio interés, se esfuerza en resarcir rápidamente a la víctima, tiene que
relacionarse con ella, confrontarse interiormente con su conducta y con
el daño que le ha causado a la víctima y dar una prestación constructiva,
entendida como socialmente razonable y justa de manera inmediata, lo

(45) Más al respecto, MÉRIGEAU, en ESER/KAISER/MADLENER, "Neue Wege der Wiedergut-
machung im Strafrecht", 1990, p. 325 y ss.

(46) Comp. al respecto JUNG, en ESER/KAISER/MADLENER, igual que nota 45, p. 93 y ss.

(47) Comp. al respecto también ROXIN, AT, t. 1, 2^{da} ed., 1994, cap. 3, n. marg. 64.

cual puede contribuir mucho a la resocialización, es decir, tiene un gran valor preventivo-especial. Pero también de manera preventivo-general, esto es en relación con la comunidad, tendría efectos muy positivos la inclusión de la reparación civil voluntaria en el sistema penal de sanciones. Pues el trastorno social causado por el hecho punible recién queda realmente neutralizado cuando el daño es reparado y es reinstaurado el estado originario. Recién entonces el perjudicado y la generalidad contemplan el caso como terminado. Las investigaciones empíricas de diversos países arrojan que la población opina en su gran mayoría que en los delitos pequeños y medianos, según el estado de las cosas, en caso de una reparación civil voluntaria, se podría prescindir totalmente de una pena o se la podría atenuar considerablemente⁽⁴⁸⁾.

Me falta tiempo para desarrollar aquí al detalle la idea de una reparación civil penalmente efectiva. Empero, por lo menos es de mencionar que ella tiene una gran perspectiva de futuro en la medida en que lleve a un nuevo acercamiento entre Derecho civil y penal, los que desde inicios de los tiempos modernos han seguido el camino de una separación cada vez más estricta.

4. Las sanciones contra entes colectivos

Las sanciones contra entes colectivos ya existen actualmente en algunos países y en las formas más variadas⁽⁴⁹⁾. Pero ellas son ajenas al espíritu del Derecho penal tal como ha sido desarrollado en la tradición europea. Pues la pena siempre se condujo a la culpabilidad individual de una sola persona. *Societas delinquere non potest*: este era el dicho rector de un Derecho penal que se mueve de la responsabilidad por el resultado en la edad media hacia la imputación individual.

(48) Acerca de la aceptación social de la regulación de conflictos en la criminalidad cotidiana, SESSAR, "Wiedergutmachung oder Strafen", 1992.

(49) SCHÜNEMANN provee un panorama de Derecho comparado, LK, 11a. ed., 1993, art. 14, n. marg. 74 y ss.

Por el contrario, en el futuro las sanciones a los entes colectivos jugarán un gran papel. Pues las formas sociales dañosas de la criminalidad económica, y también ambiental, tienen su origen en las empresas grandes y poderosas; pero también la comercialización de los más variados productos dañinos para la salud será siempre un gran problema para el Derecho penal. Si en dichos casos se completa el tipo penal, frecuentemente se hace difícil y a veces imposible averiguar quienes dentro de la empresa son los responsables, ya que la responsabilidad se reparte entre muchas personas y la culpa de uno solo es difícil de probar. Tampoco pueden afrontarse eficazmente los peligros que provienen de una gran empresa —p. ej., para el ambiente— penando a una sola persona que puede ser reemplazada.

En cambio, las sanciones vinculadas a un fracaso de organización (independientemente de a quién en particular le alcance la culpa) pueden ser muy efectivas preventivamente. Ellas consistirían en medidas que van desde considerables pagos de dinero hasta el cierre de la empresa. Estas sanciones contra entes colectivos, cuya elaboración jurídica todavía está en sus inicios, tampoco constituyen verdaderas penas, pues presuponen una conducta humana e imputable a personas y una culpabilidad. Un ente colectivo solo puede actuar y portar culpabilidad en el sentido analógico de una construcción jurídica: para ello tendrían que elaborarse reglas especiales de imputación que aquí no pueden ser explicadas con más detalle⁽⁵⁰⁾. Pero también la pena contra entes colectivos constituye en todo caso una sanción similar a la penal, vinculada con la realización de tipos penales, y ello es suficiente para confirmar mi tesis de la futura diversificación de las reacciones penales.

IX. RESUMEN

Con ello me acerco al final. Ciertamente, no he agotado mi tema, pero mi breve revisión del Derecho penal del futuro, necesariamente hecha a manera de un bosquejo y ciertamente limitada por mi perspectiva

(50) Al respecto, SCHÜNEMANN, LK, 11a. ed., 1993, art. 14, n. marg. 78, c. más ref.

personal, habrá mostrado que se esperan cambios muy fuertes, pese a la preservación por mí pronosticada de las instituciones fundamentales del Derecho penal. El Derecho penal de la era moderna ha partido de una posición que solo conocía la pena retributiva; y esta pena estaba justificada mayormente de manera filosófica o teológica, tal como en Alemania lo hicieron los sistemas idealistas de KANT y HEGEL, y también la Iglesia, concibiendo el juicio penal como la ejecución en representación de la sentencia judicial divina. Por el contrario, el Derecho penal del futuro se vuelve un factor de ordenación social totalmente secularizado, teniendo por objetivo llevar a una síntesis el aseguramiento de la paz, la previsión de existencia y la conservación de la libertad ciudadana. Junto a la pena se tendrán que emplear elementos de dirección sociopolítica muy diferenciados y flexibles, vinculados a una conducta punible, pero de carácter solamente similar al de una pena.

Este ha sido mi panorama del futuro que no contiene una visión apocalíptica, sino presenta alguna esperanza para los próximos cien años. Quien quiera trabajar en favor de las generaciones venideras, mejorando nuestras relaciones sociales, deberá persistir en esta esperanza.

Se terminó de imprimir en los talleres gráficos
de Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.
<info@grijley.com>,
en el mes de enero de 2016.

sí, pero JAKOBS⁽³⁷⁾, p. ej., discute esto y pretende dejar impune también al panadero que, conociendo todas las circunstancias, vende el panecillo al asesino con cuyo envenenamiento este causa la muerte de la víctima⁽³⁸⁾.

Entonces, tales negocios cotidianos quedarían impunes sin más, lo cual no alcanzo a comprender, porque mediante su inclusión consciente en contextos delictivos pierden su carácter cotidiano. Pero tampoco pretendo que se sancione penalmente cualquier promoción a actividades delictivas. Si mis asistentes me ayudan en mis manuales pese a saber que oculto al fisco sus honorarios, esto no es una complicidad en un fraude fiscal. Pues aquí falta la relación delictiva de sentido, porque la actividad de los asistentes es legítima independientemente de que el catedrático declare tributariamente sus honorarios, mientras que en los ejemplos contrarios la finalidad delictiva queda claramente en primer plano al vender el destornillador y el panecillo. Pero estos son solamente bosquejos sobre los que por cierto valdría la pena discutir.

Con esto termino mi panorama muy resumido. Con él se habrá mostrado que también en el ámbito de la autoría y la participación todavía hay muchos problemas que resisten a una solución definitiva.

(37) JAKOBS, *ZStW* 89 (1977), p. 20.

(38) JAKOBS, *Strafrecht. A T*, igual que nota 9, cap. 24, n. marg. 17.